

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LES
ARTICLES 212, 213, 214
DU CODE CIVIL

EXAMEN CRITIQUE DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le 10 mai 1935, à 15 heures

PAR

Simone GINESTOUS

Lauréate de la Faculté

BORDEAUX
IMPRIMERIE-LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
Y. CADORET, DELMAS, SUCESSEUR
6, Place Saint-Christoly

—
1935

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LES
ARTICLES 212, 213, 214
DU CODE CIVIL

EXAMEN CRITIQUE DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le 10 mai 1935, à 15 heures

PAR

Simone GINESTOUS

Lauréate de la Faculté



BORDEAUX
IMPRIMERIE-LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
Y. CADORET, DELMAS, SUCCESSEUR
6, Place Saint-Christoly

—
1935

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEURS HONORAIRES :

- MM. SAUVAIRE-JOURDAN, *, ✻ I.; LESCURE, ✻ I., ✻;
 DE BOECK, *, ✻ I.; NOAILLES, *, ✻ I.; BENZACAR, *, ✻ I.
- MM. FERRON, *, ✻ I., *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.
 FERRADOU, *, ✻ I., *Assesseur du Doyen*, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours de *Pandectes* (Diplôme d'études supérieures).
 MARGAT, ✻ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).
 BONNECASE, ✻ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).
 PALMADE, *, ✻ A., ✻, professeur de *Droit civil*.
 VIZIOZ, ✻ I., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).
 BONNARD, *, ✻ I., ✻, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).
 POPLAWSKI, *, ✻ I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.
 BOYÉ, *, ✻ I., ✻, professeur de *Droit romain*.
 MOUNIER, ✻ I., professeur d'*Économie politique*, chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).
 BIBIÉ, *, ✻, professeur de *Droit international public*.
 RÉGLADE, ✻ A., professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.
 GARRIGOU-LAGRANGE, professeur d'*Economie politique* et *Science financière*, chargé d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).
 HUBRECHT, ✻ A., professeur d'*Histoire du droit* (Doctorat), chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence, 2^e année).
 LABORDE-LACOSTE, ✻ I., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.
 LASSERRE, agrégé, chargé d'un cours d'*Economie politique* (Licence, 2^e année).
 GUILLIEN, chargé de cours (*Droit public*).

- M. ARTIGUELONG, ✻ A., *Secrétaire*.
 M^{me} COSTES, ✻ A., *Secrétaire adjointe*.
 M^{me} SOUBIE, *Bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

- | | |
|----------------------------------|--------------|
| MM. BONNECASE, professeur..... | Président. |
| POPLAWSKI, professeur..... | Suffragants. |
| LABORDE-LACOSTE, professeur..... | Suffragants. |

LES ARTICLES 212, 213, 214

DU CODE CIVIL

EXAMEN CRITIQUE DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE

AVANT-PROPOS

Le sujet de thèse que nous avons choisi ne brille pas par la nouveauté, si l'on s'en tient au contenu des articles 212 à 214, dont nous commençons par reproduire la teneur : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. — Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. — La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. » Toutes les générations des commentateurs du Code civil se sont arrêtées sur ces textes. Une double circonstance nous a néanmoins décidée à en faire l'objet d'une étude approfondie. Tout d'abord, il y a eu, au sujet des

articles 212 à 214, une évolution certaine de la jurisprudence. D'autre part, ces textes paraissent en contradiction directe avec la doctrine féministe. Il y a donc lieu de rechercher quelle peut être, à l'heure actuelle, leur valeur. Etant donné notre objectif, nous ne remonterons pas très avant dans l'ancien Droit. Nous partirons, au contraire, de la période qui a immédiatement précédé l'élaboration du Code civil.

CHAPITRE PREMIER

EXAMEN DES TRAVAUX PREPARATOIRES RELATIFS AUX ARTICLES 212-213-214

Quelle était, à la veille de la Révolution, l'opinion des auteurs de Droit civil sur les droits et les devoirs respectifs des époux ? Elle nous est donnée par Pothier. Celui-ci écrit :

« La puissance du mari sur la personne de la femme consiste, par le droit naturel, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur.

» Un des principaux effets est un droit qu'a le mari d'obliger sa femme à le suivre partout où il juge à propos d'aller demeurer ou résider.

» Pourvu néanmoins que ce ne soit pas hors du royaume et en pays étranger; car si le mari, en abjurant sa patrie, voulait s'y établir, la femme ne serait pas obligée de l'y suivre et d'imiter l'abjuration que son mari fait de sa patrie.

» Le Droit civil a beaucoup augmenté la puissance du mari sur la personne de sa femme. » (*Traité de la puissance du mari*, éd. 1824, vol. X, p. 654.)

« La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc

fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de la femme, qui ne permet pas à la femme de rien faire que dépendamment de lui. » (P. 656.)

Dans le *Traité des personnes* (vol. XXIII, p. 306) : « Les femmes, par le mariage, passent dans la famille et sous la puissance de leur mari : c'est pour cela qu'elles portent son nom. Cette puissance du mari sur la femme s'étend sur sa personne et sur ses biens. »

C'est tout : le reste des développements n'étudie que les droits du mari sur les biens de sa femme. Mais l'autorité attachée au nom de Pothier rend ces quelques lignes extrêmement importantes par l'influence qu'elles eurent sur les rédacteurs du Code civil.

§ I. — Enumération des projets de Code civil.

Mais avant d'arriver à l'année 1804, bien des événements devaient se passer, et qui allaient avoir une répercussion très nette sur la rédaction des futurs articles 212, 213, 214. L'étude du droit intermédiaire est particulièrement intéressante en ce qui concerne les droits et les devoirs respectifs des époux. La famille se ressentit elle aussi du trouble de cette époque, et même dans sa constitution, jusqu'alors considérée comme immuable, les hommes de la Révolution voulurent apporter des changements. Ce désir de rénovation universelle se manifesta en ce qui concerne le mariage, surtout au point de vue des biens.

Plusieurs projets de Code civil furent élaborés durant la période révolutionnaire.

Il est nécessaire de les examiner, car leur contenu et les discussions qu'ils soulevèrent seront invoqués plus tard par les commentateurs du Code Napoléon.

C'est à Cambacérès que fut confié le soin d'élaborer un projet de Code civil.

Il en présenta un premier à la convention le 9 août 1793, un second devant la même assemblée le 23 fructidor an II, un troisième au Conseil des Cinq-Cents le 24 prairial an IV.

Enfin, avant le « projet de l'an VIII », Jacqueminot devait, le 30 frimaire an VIII, présenter un quatrième projet au Conseil des Cinq-Cents.

Nous allons relever dans ces divers projets les articles relatifs à notre sujet, et retracer, s'il y a lieu, l'évolution des idées en la matière.

§ II. — Premier projet de Cambacérès (9 août 1793).

Dans son rapport sur le premier projet, Cambacérès écrit :

« La législation doit donc régler les dispositions et les formes des naissances, des mariages, des divorces et des décès. L'homme naît et meurt à la patrie; la société doit le suivre dans les principales époques de sa vie.

» Le pacte matrimonial doit son origine au Droit naturel; il a été perfectionné et fortifié par les insti-

tutions sociales; la volonté des époux en fait la substance; le changement de cette volonté en opère la dissolution : de là le principe du divorce, établissement salubre, longtemps repoussé de nos mœurs par une influence religieuse, et qui deviendra plus utile par l'attention que nous avons eue de simplifier la procédure qu'il nécessite et d'abréger les délais qu'il prescrit.

» Les conventions matrimoniales subsistent par la volonté des parties ou par l'autorité de la loi.

» La volonté des contractants est la règle la plus absolue; elle ne connaît d'autres bornes que celles qui sont placées par l'intérêt général. Ainsi les époux ne peuvent, dans le pacte matrimonial, ni éluder les mesures arrêtées pour opérer la division des fortunes, ni contrevenir au principe qui a consacré l'égalité dans les partages.

» La loi fixera des règles simples, dérivant de la nature même du mariage; elle consacrera la communauté des biens comme le mode le plus conforme à cette union intime, à cette unité d'intérêts, fondement inaltérable du bonheur des familles.

» Les mêmes motifs nous ont fait adopter l'usage de l'administration commune. Cette innovation éprouvera peut-être des critiques : elles auront leur réponse dans ce principe d'égalité qui doit régler tous les actes de notre organisation sociale, et dans notre intention d'empêcher ces engagements indiscrets qui ruinaient souvent la fortune des deux époux, amenaient la division intestine, les chagrins et la

misère. » (Fenet, *Recueil des travaux préparatoires*, t. I, p. 4.)

On voit dans quel esprit révolutionnaire Cambacérès concevait les rapports des époux, et à quel point il s'éloigne des conceptions de Pothier.

Aussi ne peut-on être surpris de trouver dans son projet les articles suivants, concernant le mariage. Ils sont au titre II du livre I^{er} sur l'état des personnes, le titre I étant consacré aux dispositions générales et le titre III aux droits des époux.

§ 1. *Dispositions générales*. — Art. 1^{er} : « Le mariage est une convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, à nourrir et élever les enfants qui peuvent naître de leur union. »

Art. 2 : « Le mariage peut être dissous par la seule volonté persévérante d'un des deux époux. »

Le titre III, intitulé *Des droits des époux*, traite uniquement du point de vue pécuniaire.

Pour ce qui se rapporte à la puissance paternelle et aux droits des parents :

L'enfant mineur est placé par la nature et par la loi sous la surveillance et la protection de son père et de sa mère. » (Tit. V, art. 1^{er}.)

La mère partage donc avec son mari les droits sur les enfants, mais « la voix impérieuse de la raison s'est fait entendre : elle a dit : il n'y a plus de puissance paternelle; c'est tromper la nature que d'établir ses droits par la contrainte ».

Donc, pour tout ce qui concerne l'organisation de

la famille, nous voyons à quel point le premier projet de Cambacérès prenait le contre-pied de ce qui existait sous l'Ancien Régime.

Le mariage est devenu une simple convention; le divorce est possible par consentement mutuel; la puissance paternelle est supprimée. De même la puissance maritale. Il n'est plus question du devoir d'obéissance et de soumission de la femme. Enfin, les époux sont égaux pour l'administration du ménage. Ce dernier point est à considérer : cette disposition du projet du 9 août 1793 est à l'origine des théories féministes futures et des idées du jurisconsulte belge Laurent. C'est de 1793 que datent les revendications actuelles sur la capacité de la femme mariée.

Le premier projet de Cambacérès s'appliquait à consacrer dans toute leur rigueur les principes égaux de la Révolution.

§ III. — Deuxième Projet de Cambacérès (23 fructidor an II).

Le deuxième projet exagère, s'il est possible, cet attachement à l'idéal de 1789. Mais il est plus concis.

A propos du mariage, Cambacérès écrit, dans son rapport fait à la Convention nationale, au nom du Comité de législation (séance du 23 fructidor an II, 9 septembre 1794, Fenet, p. 104) :

« Le mariage est donc la loi primitive de la nature, ou plutôt c'est la nature en action. Le célibat est un vice que le législateur doit poursuivre; mais

c'est moins par des moyens violents qu'il doit le combattre que par des moyens doux et insensibles.

» La liberté personnelle étant la première dans l'ordre de la nature, elle doit être la plus respectée. Ce serait une contradiction étrange, qu'une loi qui établirait la liberté des biens et l'esclavage des corps, qui rendrait le même homme maître de ses actions, et ne le laisserait pas maître de sa personne. C'est donc par des lois qui punissent ceux qui les fuient; c'est plutôt en honorant le mariage qu'en défendant le célibat qu'il faut combattre le célibataire. Il est plus sage d'empêcher le mal en le prévenant qu'en le punissant. La peine arrête l'action, mais ne corrige pas la volonté. Les lois prohibitives ne sont guère que des hypocrites, et elles annoncent dans le législateur l'impuissance de ses moyens.

» Ce que la volonté a fait, la volonté peut le changer. La volonté des époux fait la substance du mariage. Le changement de cette volonté en opère la dissolution : de là, le principe du divorce.

» Le divorce est le surveillant et le modérateur du mariage. Sans le divorce, le mariage serait souvent un supplice cruel, une source d'immoralité et de corruption, plus féconde que le célibat même.

» Le divorce est fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice. Le droit de liberté personnelle est le droit de disposer de soi. Il est juste qu'une union, formée pour le bonheur de deux individus, cesse dès que les deux individus, ou que l'un des deux, n'y trouve plus le bonheur qu'on y a cherché. Qui pour-

rait exiger, du cœur de l'homme, qu'il reste attaché là où il ne se sent pas heureux ? »

Le mariage, dans ce deuxième projet, est conçu de manière à ne gêner en rien la liberté des deux époux. Seule, la volonté des époux compte. Aucune règle ne doit venir contrecarrer cette volonté.

Aussi on ne trouve plus, dans le deuxième projet de Cambacérès, de définition du mariage.

Le titre V, consacré au mariage, ne parle en effet que de l'âge des époux, du consentement des père et mère, des prohibitions et des publications.

Le titre VI, intitulé *Des droits des époux*, nous dit uniquement :

Art. 44 : « Il y a communauté de biens entre les époux, et droit égal à leur administration, s'il n'en a été autrement convenu. »

Suivent les articles relatifs à la composition de la communauté et aux avantages matrimoniaux.

Art. 52 : « Le divorce a lieu, ou par consentement mutuel des époux; ou par la volonté d'un seul. »

On voit, par la reproduction que nous venons de faire des articles relatifs au mariage, dans quel esprit il était conçu par Cambacérès. Une recherche de simplification est nettement évidente. La loi, d'après l'auteur du projet, n'a pas à s'occuper des rapports personnels des époux. Cela ne concerne qu'eux. Ce que leur volonté a fait, leur volonté peut le défaire. La volonté d'un seul suffit.

§ IV. — Troisième Projet de Cambacérès
(24 prairial an IV).

L'étude du troisième projet présenté par Cambacérès nous indique qu'entre le 9 août 1793 et le 24 prairial an V, les idées de leur auteur avaient évolué dans le sens d'un retour en arrière; si, dans ce troisième projet, le mariage est toujours considéré comme un contrat, que la seule volonté des époux suffit à dissoudre, il est un point sur lequel Cambacérès fait échec aux principes égalitaires de la Révolution : il renonce à l'administration commune.

« Dans le premier projet de Code, écrit-il (Fenet, *Discours préliminaire sur le troisième projet*, t. I, p. 157), on avait adopté l'usage de l'administration commune. Cette innovation a éprouvé de justes critiques. Et quoique l'égalité doive servir de régulateur dans tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique. Remarquez en effet que l'administration commune serait perpétuellement entravée, et que la diversité d'opinions sur les plus petits détails opérerait bientôt la dissolution du mariage. Rien d'ailleurs n'empêcherait que l'administration ne fût mise exclusivement entre les mains de la femme; une pareille convention n'offrirait-elle pas une contravention à la loi naturelle, et ne ferait-elle pas supposer l'imbécillité du mari ? »

Mais si la puissance maritale est rétablie tout au

moins sur les biens, en revanche Cambacérès témoigne dans son troisième projet d'un attachement encore plus vif, si possible, pour ses conceptions sur le mariage et sa dissolubilité.

« L'indissolubilité n'est point une loi de la nature; elle ne saurait être une loi de la société conjugale. Il serait tout à la fois absurde et cruel de forcer deux époux qui se haïssent ou se méprisent à demeurer ensemble dans la discorde et le chagrin jusqu'à la mort. Le divorce est donc en soi une institution sage; il est fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice, sur le droit de liberté personnelle; il doit subsister avec les modifications dont l'expérience a fait découvrir le besoin, et en conciliant le droit de disposer de soi avec le respect dû au plus sacré des liens..., puisque c'est anéantir la foi conjugale que de substituer la contrainte à la volonté, puisque le divorce est fondé sur la liberté inaliénable des époux; il faut que l'un d'eux ait le droit de le demander contre la volonté de l'autre, sans l'assujettir à particulariser des faits dont la preuve est souvent impossible, et sans l'exposer à des révélations dont la pudeur serait alarmée. »

C'est toujours le titre V du Livre I^{er} qui est consacré au mariage. Mais on n'y trouve aucun article concernant les droits et les devoirs des époux.

Le titre VI, intitulé *Des droits des époux*, ne concerne que les biens :

Art. 288 : « Il y a communauté de biens entre les époux, s'il n'en est autrement convenu. »

Art. 293 : « Le mari administre seul la communauté. Il peut vendre, aliéner les biens dont elle est composée. Il régit les biens non communs de son épouse. Il ne peut les aliéner sans qu'elle y consente. »

Mais, art. 290 : « S'il est convenu qu'il n'y aura point de communauté et que les époux n'aient pas autrement réglé les conditions de leur union, la femme conserve la libre administration de ses biens; elle peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari. »

La femme mariée n'est donc pleinement capable que s'il n'y a pas communauté.

Les divers projets de Cambacérès ne devaient pas aboutir.

§ V. — Le projet de Jacqueminot (30 frimaire an VIII).

Jacqueminot devait, le 30 frimaire an VIII, présenter un quatrième projet, au nom de la Section de législation et devant le Conseil des Cinq-Cents.

Dans quel esprit ce nouveau projet était-il conçu ? Il suffit de reproduire les paroles suivantes de Jacqueminot pour s'en rendre compte. Il juge les projets précédents de la manière suivante :

« Trop de préjugés dominaient alors et avaient été substitués à d'autres préjugés. Le fanatisme d'une égalité follement interprétée régnait, comme auparavant le fanatisme des privilèges. La dépravation des idées politiques était revenue au comble. Les

lois civiles en reçurent l'empreinte. Les représentants les plus vertueux et les plus éclairés ne pouvaient tout à fait échapper à la contagion universelle, ni s'affranchir du joug qui pesait partout. »

Jacqueminot va donc rédiger le nouveau Code dans un sens nettement réactionnaire.

A propos du droit de famille, il écrit :

« C'est, en effet, à la réforme du Code civil et à son influence inaperçue que sera due cette épuration de nos mœurs, sans laquelle la République finirait par n'être qu'un vain nom, jouet de tous les vices et de toutes les ambitions. C'est elle qui introduira parmi nous ces habitudes vertueuses, appui aussi nécessaire de nos nouvelles institutions que la bonté des lois.

» C'est elle qui mettra un terme au scandale de ces divorces continuels, qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué; à ces divorces qui, nécessaires quelquefois, sont toujours un mal, et qui doivent par conséquent être assujettis à de lentes et nombreuses épreuves, précautions indispensables contre les conseils de l'humeur, de la légèreté, de la licence et des aveugles passions. C'est elle qui, restituant à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre, lui assurera les moyens de récompenser la piété filiale ou de punir l'ingratitude.

C'est elle qui élèvera une barrière contre les fougues écarts de la jeunesse; c'est elle qui, resserrant des liens que les excès de la Révolution ont tant

relâchés, garantira la paix de l'Etat par l'union des familles, et rendra les hommes plus faciles à conduire, en les rendant meilleurs; c'est elle qui, dans la vie domestique, raffermira le concert des volontés par celui des intérêts; ... » (Fenet, *Idées préliminaires sur le projet de Jacqueminot*, t. I, p. 331.)

Quelle différence avec les opinions de Cambacérès ! Dans le projet de Jacqueminot, c'est le titre I^{er} qui est consacré au mariage.

Nous retrouvons les *Dispositions générales* :

Art. 1^{er} : « La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils et politiques; elle ne reconnaît que le mariage contracté conformément à ce qu'elle prescrit. »

Art. 2 : « Le mariage est un contrat formé entre deux individus de sexe différent, dont la durée est, dans leur intention, celle de la vie de l'un d'eux; ce contrat peut néanmoins être résolu avant la mort de l'un des époux, dans les cas ou pour les causes déterminés par la loi. »

§ 6. *Des obligations qui naissent du mariage et de ses effets civils.* — Art. 42 : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever et établir leurs enfants, suivant leurs facultés. »

Art. 48 : « Le mariage donne au père et à la mère sur les enfants qui en proviennent une puissance qui est réglée par le titre... »

Art. 49 : « Il soumet la femme aux lois civiles auxquelles le mari est soumis. »

§ 7. *Des droits du mari.* — Art. 56 : « Le mari a le droit d'obliger sa femme à le suivre partout où il juge à propos de demeurer ou de résider.

» Si le mari voulait quitter le sol continental ou colonial de la république, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gouvernement d'une mission à l'étranger, exigeant résidence. »

Les articles suivants sont consacrés à la réglementation de l'incapacité de la femme mariée.

Qu'est-ce qui devait rester de ces divers projets ? Que va-t-on en retrouver dans notre Code actuel ? Rien. Mais si nous avons reproduit intégralement leurs textes, c'est que, repris par bien des auteurs, ils vont être à l'origine des doctrines féministes. L'égalité des époux, dans leurs rapports personnels et dans l'administration de leurs biens, la pleine capacité de la femme mariée, sont des idées, qui, exprimées juridiquement pour la première fois par Cambacérès, vont rencontrer une sympathie presque imprévue, et gagner peu à peu à leur cause un nombre d'esprits de plus en plus grand.

§ VI. — Le projet de l'an VIII.

Lorsque Cambacérès présenta ses projets de Code civil à la Convention, la Société et les mœurs n'étaient pas suffisamment transformés. Une réaction était inévitable. Avec le projet Jacqueminot, elle commence déjà à se faire sentir. Et, dans les travaux

préparatoires au projet de l'an VIII, on peut facilement se rendre compte du retour en arrière qui s'est produit. On se sent revenu aux conceptions de Pothier et de l'Ancien Régime.

Reproduisons les paroles prononcées à propos des articles 212 à 214. A propos de l'article 212, qui n'avait pas été proposé par la Commission, mais le fut par la Section, nous trouvons :

« Quel ami des mœurs pourrait leur refuser son assentiment ? Ne fussent-ils que des points de morale, il faudrait encore rendre grâces aux auteurs du projet de leur avoir donné par la loi ce caractère auguste, qui les recommande à la méditation ; mais ils sont aussi des principes de législation, dont l'étude a dirigé l'opinion du législateur dans une des controverses les plus importantes. » (Gillet [sans Locré], *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, Paris, 1807, t. I, liv. I ; t. V, chap. vi, p. 474).

A propos du devoir de fidélité :

« Les époux se donnent sans réserve l'un à l'autre ; il ne leur reste rien dont ils puissent disposer après cette aliénation absolue. Le mari et la femme doivent incontestablement être fidèles à la foi promise (Portalis). Aux yeux de la morale, cet engagement a la même force pour les deux. » (P. 476.)

Art. 214 : « Comment concilier l'obéissance, la protection, l'assistance, qui doivent être de tous les moments, avec une habitation séparée, qui mettrait les époux dans un état mutuel d'indépendance ? »

Suit une discussion sur le point de savoir si la

femme doit suivre le mari hors de France. Le premier projet avait dit que non, à moins de mission gouvernementale. Cet article est supprimé.

« La nécessité de l'autorisation du mari vient de l'obéissance que la femme lui doit; elle est l'effet de la puissance maritale. » (Locré, p. 489.)

Dans la discussion sur le point de savoir si le mari peut demander le divorce pour adultère de sa femme, à la suite d'un scandale public ou d'un dérèglement de mœurs notoires :

« La femme ne peut demander le divorce pour adultère simple du mari. Pourquoi ?

Est-ce par cela seul qu'il viole la foi conjugale ? Il semble qu'ici le crime est le même, et produit les mêmes chagrins. On autorise le divorce pour empêcher les époux d'être malheureux. Or, toute cause qui est jugée capable de rendre amère l'union conjugale ne produit pas moins cet effet à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari. » (P. 137.)

« On a pensé qu'il serait contre la décence et contre les mœurs de permettre à la femme de faire valoir la cause d'adultère, de l'autoriser à se plaindre que son mari la néglige pour donner ses soins à une concubine. Mais une considération plus puissante, c'est qu'on n'aurait pu admettre la femme à demander le divorce dans tous les cas. » (*Critique*, p. 142.)

Dans les travaux préparatoires, d'après Fenet, nous trouvons :

« On a posé de sages règles pour le gouvernement

des familles. » (Portalis, *Exposé des motifs*, 28 ventôse an XII.)

« L'heureuse dépendance où les épouses sont placées, et pour leur propre repos et pour leur véritable intérêt, et surtout pour qu'elles ne soient pas distraites des soins les plus tendres et les plus dignes de leur sensibilité. » (*Discours* du tribun Jaubert devant le Corps législatif, 30 ventôse an XII.)

Et Bigot-Préameneu écrit :

« L'Empereur a voulu que l'on conservât dans leur pureté ces règles d'équité qui, de leur nature, et surtout après les avoir dégagées des subtilités scholastiques, ne sont plus que l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le cœur des hommes et doivent, par ce motif, être immuables. »

Dans la discussion du Conseil d'Etat sur le titre V du mariage (13 sept. 1804), on supprima l'article : « Le mariage est un contrat dont la durée est dans l'intention des époux. »

A propos de l'obligation de doter, le premier consul dit : « Une fille ne peut former d'établissement que par le mariage, tandis que les garçons s'établissent de beaucoup d'autres manières. » (27 sept. 1807.)

Le chapitre V est présenté par M. Réal.

L'article 212 est adopté; l'article 213 aussi. Sur le mot « obéissance », le premier consul fait remarquer :

« L'ange l'a dit à Adam et Eve. On le prononçait en latin lors de la célébration du mariage, et la femme ne l'entendait pas. Ce mot-là est bon pour

Paris surtout, où les femmes se croient en droit de faire ce qu'elles veulent; je ne dis pas que cela produise de l'effet sur toutes, mais enfin cela en produira sur quelques-unes. Les femmes ne s'occupent que de plaisir et de toilette. Si l'on ne vieillissait pas, je ne voudrais pas de femmes. Ne devrait-on pas ajouter que la femme n'est pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son mari ? Les femmes ont toujours ces mots à la bouche : « Vous voulez » m'empêcher de voir qui me plaît ! »

Le conseiller d'Etat Portalis écrit (*Présentation au Corps législatif et exposé des motifs*, 7 mars 1803) :

« Le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari. »

Voilà toute la morale des époux.

On a longtemps disputé sur la préférence ou l'égalité des deux sexes. Rien de plus vain que ces disputes.

On a très bien observé que l'homme et la femme ont partout des rapports et partout des différences. Ce qu'ils ont de commun est de l'espèce; ce qu'ils ont de différent est du sexe. Ils seraient moins disposés à se rapprocher s'ils étaient plus semblables. La nature ne les a faits si différents que pour les unir.

Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et dans leurs devoirs respectifs. Sans doute, dans le mariage, les deux époux concourent à un objet commun : mais ils ne sauraient y concourir de la même manière. Ils sont égaux en certaines choses, et ils ne sont pas comparables dans d'autres.

La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme. L'homme et la femme ne peuvent partager les mêmes travaux, supporter les mêmes fatigues, ni se livrer aux mêmes occupations. Ce ne sont point les lois, c'est la nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes. La femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible. L'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins et qui lui garantit plus d'indépendances pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés. Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari.

L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège; et elle est une suite nécessaire de la société conjugale, qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre.

Le mari et la femme doivent incontestablement être fidèles à la foi promise; mais l'infidélité de la femme suppose plus de corruption et a des effets plus dangereux que l'infidélité du mari : aussi l'homme a toujours été jugé moins sévèrement que la femme. Toutes les nations, éclairées en ce point par l'expérience et par une sorte d'instinct, se sont accordées à croire que le sexe le plus aimable doit encore, pour le bonheur de l'humanité, être le plus vertueux.

Les femmes connaîtraient peu leur véritable inté-

rêt, si elles ne pouvaient voir dans la sévérité apparente dont on use à leur égard qu'une rigueur tyrannique plutôt qu'une distinction honorable et utile. Destinées par la nature aux plaisirs d'un seul et à l'agrément de tous, elles ont reçu du ciel cette sensibilité douce qui anime la beauté et qui est si tôt émoussée par les plus légers égarements du cœur, ce tact fin et délicat qui remplit chez elles l'office d'un sixième sens.

On voit par là dans quels sentiments enthousiastes et approuvateurs les articles 212, 213, 214, furent adoptés. On retrouve dans ces travaux préparatoires l'influence personnelle de Napoléon. C'est même un des points sur lesquels son intervention fut la plus appuyée.

Nous avons ainsi montré, semble-t-il, quelle était l'opinion des rédacteurs du Code civil sur les droits et les devoirs respectifs des époux et comment, d'une conception tout à fait révolutionnaire et égalitaire, on en revint peu à peu aux idées anciennes de la monarchie.

Sachant combien les premiers commentateurs du Code attachaient d'importance à l'étude des travaux préparatoires, nous ne serons pas surpris de retrouver chez eux les mêmes paroles sur la condition de la femme dans le mariage, et dans des termes pour ainsi dire aussi lyriques.

CHAPITRE II

LES ARTICLES 242 A 244 DU CODE CIVIL CONSIDÉRÉS A TRAVERS LA DOCTRINE

Nous venons de retracer l'historique des droits et des devoirs respectifs des époux dans les travaux préparatoires du Code civil. Ce Code, œuvre de juristes modérés, compromis entre les idées de l'Ancien Régime et les doctrines de la Révolution française, va provoquer un immense enthousiasme. Il donne à la France les avantages d'une législation unifiée, il pacifie les esprits; car s'il accueille les solutions juridiques de plusieurs siècles de coutume, il consacre en même temps les principes essentiels de 1789. Désormais, partage égal entre enfants, sécularisation du mariage, sont des faits acquis. Aussi chacun célèbre à l'envi le premier consul, dont la volonté a réuni la Commission de rédaction. Il n'y a pas de critiques, il n'y a que des louanges pour le guerrier législateur, qui s'est associé aux travaux préparatoires et qui, par son autorité, a fait aboutir rapidement une œuvre que tous jugent parfaite. Pour expliquer les principes posés par le Code, l'ensei-

gner, toute une pléiade d'auteurs surgit. Nous allons rechercher leurs opinions sur les droits et les devoirs respectifs des époux, et diviserons notre étude en trois parties.

SECTION PREMIERE

L'INTERPRÉTATION DES ARTICLES 212 A 214

PAR LES PREMIERS COMMENTATEURS DU CODE CIVIL

§ I. — Observations préliminaires.

Durant les premières années qui suivirent la promulgation du Code civil, les théoriciens sont encore peu nombreux. Cependant, il n'est pas inutile d'examiner quelle fut leur opinion au sujet des droits et des devoirs respectifs des époux. Elle fait pressentir les idées des grands commentateurs Demolombe ou Troplong.

Faisons d'abord une remarque : nous avons été frappée, au cours de nos recherches, par la brièveté des développements consacrés aux rapports personnels des époux. Les auteurs de cette époque semblent se désintéresser du sujet. Alors que la question va faire naître une abondante littérature peu d'années plus tard, les grands commentateurs, dans leurs ouvrages composés pourtant de nombreux volumes, l'étudient seulement en quelques lignes, tout au plus en une ou deux pages. Qu'est-ce à dire ? Considèrent-ils la puissance maritale comme sans importance ? Non. Au contraire, ils voient en elle une des

institutions essentielles de la société. Mais ce qu'ils envisagent surtout, c'est le côté pécuniaire, les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme. Dans leur esprit d'ailleurs, la subordination juridique de la femme a pour cause, en même temps que l'intérêt supérieur du mariage et l'inexpérience du sexe, sa dépendance personnelle vis-à-vis de son mari.

Mais au sujet des droits et des devoirs respectifs des époux, beaucoup énoncent simplement les articles 212, 213, 214, avec de courts commentaires. C'est que, pour eux, le législateur, en édictant les règles relatives à la puissance maritale, a fait, comme en toutes choses, œuvre parfaite. Le Code, c'est un point final à toutes les objections. Si quelque chose peut être discuté, ce sont les conséquences à tirer des principes posés, mais non les principes eux-mêmes. Donc, si le législateur a voulu la puissance maritale et l'a voulue d'une certaine façon, c'est ainsi qu'elle doit être d'après la raison, la justice ou l'expérience. D'autre part, rares sont à cette époque les esprits critiquant la condition faite à la femme. Les articles 212, 213, 214, sont encore assez près des mœurs. Leur existence même n'est pas mise en jeu. Pour l'opinion courante, leur contenu est l'expression de vérités élémentaires, que nul ne songe à mettre en doute. La subordination de la femme au mari dans sa personne et dans sa vie juridique, la prédominance du mari chef de famille, avant d'être inscrites dans la loi, sont des faits faciles à observer dans la vie courante. D'une manière générale, les

contemporains des articles 212, 213, 214, obéissent à leurs ordres spontanément. Les difficultés d'application sont peu fréquentes. Aussi les premiers auteurs de l'Exégèse se bornent-ils à étudier, quand il s'agit de la puissance maritale, en dehors des biens, ses effets assez peu nombreux pouvant prêter à controverse. Pourquoi s'étendre en effet sur un sujet qui met tout le monde d'accord ?

Nous allons maintenant citer chez les premiers commentateurs les passages relatifs aux articles 212, 213, 214.

§ II. — Delvincourt ⁽¹⁾.

Delvincourt énonce les droits et les devoirs des époux sans commentaires. « La puissance maritale étant en quelque sorte de l'essence du mariage, tout ce qui tend à la détruire est réprouvé par la loi. » Il énonce de même sans commentaires les articles 229 et 230, relatifs à l'adultère du mari et de la femme.

Dans sa deuxième partie, *Notes et explications*, p. 331, Delvincourt examine les mots fidélité, secours, assistance. « Les maladies contagieuses, dit-il, ne peuvent supprimer l'obligation d'habiter ensemble. »

Delvincourt s'élève contre l'opinion qui donne à l'obligation d'habiter ensemble la contrainte par corps pour sanction, « car, dit-il, le juge ne peut prononcer la contrainte par corps hors des cas prévus par la loi » (art. 2063). De plus, le but poursuivi sera

(1) *Institutes de Droit français*, 1819, p. 75, t. I.

manqué, car le mari ne pourra retenir sa femme en charte privée; l'ordre public s'y oppose. Mais que faire ? La femme va pouvoir contrevenir impunément à la loi. « En supposant ce raisonnement exact, il prouverait tout au plus l'insuffisance de la loi. » Si la femme est séparée de biens, Delvincourt veut que le mari obtienne du juge la permission d'arrêter ses revenus. « Cela n'est pas dans la loi, dit-il, mais on doit être peu scrupuleux, puisque par ailleurs on permet la contrainte par corps.

Pour les mots « où il juge à propos de résider », Delvincourt trouve que cette obligation doit être générale.

A propos de l'adultère, il écrit : « Ce n'est pas que la violation de la foi conjugale ne soit, en elle-même, aussi criminelle de la part du mari que de la part de la femme. Mais c'est que l'adultère de la femme peut avoir des suites bien plus graves, puisqu'il peut avoir pour effet d'introduire dans la famille du mari des enfants étrangers. D'ailleurs, la pudeur semble s'opposer à ce qu'une femme vienne se plaindre de l'adultère simple de son mari; mais, accompagné de cohabitation, l'adultère devient une injure grave. Il pourrait même arriver que, lors même que la concubine ne demeurerait pas habituellement dans la maison commune, l'adultère du mari fût accompagné de circonstances telles qu'il dût être regardé comme une injure grave suffisante pour faire prononcer la séparation... »

§ III. — C.-B.-M. Toullier ⁽¹⁾.

« Ce titre, dit Toullier, commence par rappeler quelques principes de morale, d'où dérivent tous les droits et les devoirs respectifs des époux. » Suit l'énoncé des articles 212 et suivants.

« La société conjugale ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre. C'est au mari que la nature et les lois ont donné la prééminence, et c'est dans cette prééminence qu'est la source du devoir de protection que la loi impose au mari.

» C'est d'elle aussi que dérive l'obéissance de la femme; c'est un hommage rendu au pouvoir qui la protège. La puissance maritale n'est et ne doit être qu'une puissance de protection, et non pas d'oppression. »

En note, Toullier ajoute cependant : « Pour moi, je n'ai jamais compris que dans nos mœurs un mari pût faire conduire sa femme dans le domicile conjugal par des gendarmes. A quoi servirait d'ailleurs cette exécution? A l'instant même, la femme aurait le droit de sortir. Apparemment, on ne soutiendra pas qu'on peut la faire garder à vue dans le domicile conjugal par un agent de la force publique ou la faire constamment accompagner par lui. C'est là quelque chose d'efficace. »

(1) Continué par J.-B. Duvergier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*. Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique, 6^e éd., vol. I, t. II, p. 9, Cotillon, Renouard et Cie, 1844.

« L'incapacité de la femme, dit Toullier, est un effet de la puissance maritale. » (P. 11.)

A propos de l'adultère, cause de divorce, il écrit : « Celui du mari n'ayant pas de suites aussi fâcheuses. »

Il ne parle pas des sanctions relatives à l'adultère.

§ IV. — Merlin (1).

Au tome I, page 337 du *Répertoire*, il est traité des motifs et objets de l'autorisation maritale. L'auteur expose d'abord l'opinion d'après laquelle la nécessité de l'autorisation maritale viendrait de « l'intérêt du sexe ». Il réfute cette opinion : 1° car, dans ce cas, les femmes devraient pouvoir renoncer à cette protection ; 2° cette protection devrait, à plus forte raison, s'étendre aux filles et veuves, qui n'ont pas de conseils ; 3° la femme mariée ne pourrait être autorisée par son mari mineur ; 4° il y a des coutumes où l'on interdit à la femme de faire un testament sans autorisation, et d'autres où on lui permet de révoquer ce testament sans autorisation.

Une deuxième opinion est que l'autorisation maritale regarde l'utilité des maris.

Une troisième opinion veut que l'autorisation maritale ait été introduite tant pour l'utilité de la femme que pour celle du mari.

D'autres auteurs n'ont envisagé la nécessité de

(1) *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Ouvrage de plusieurs jurisconsultes, 1827.

l'autorisation maritale que comme une suite et un effet de la puissance maritale. « Pour sentir, disent-ils, la justesse de cette opinion, il faut un peu perdre de vue les mœurs de notre temps, et nous transporter dans ces siècles où l'on respectait encore l'ordre que la nature semble avoir établi pour le gouvernement de chaque famille... Il ne convient pas que les femmes se répandent au dehors et s'entremêlent dans les assemblées (loi canonique)... La nécessité de l'autorisation maritale vient donc de ce que la femme ne pourrait entreprendre aucune affaire sans entrer en commerce avec un autre homme... La femme, de plus, manquerait aux égards qu'elle doit à son mari, si elle disposait de son bien sans daigner l'en avertir et l'en consulter. »

A propos de la puissance maritale sur la personne de la femme, il écrit :

« Le premier droit d'un mari sur la personne de sa femme est de l'obliger à partager sa demeure. Les Romains ne permettaient pas même à un père de retenir chez lui la fille qu'il avait sous sa puissance, malgré le mari qu'elle avait épousé légitimement.

» Aussi, est-il de règle, parmi nous, qu'une femme qui, sans raison légitime, s'est absentée de la maison de son mari, malgré les sommations qui lui ont été faites d'y retourner, ne peut, après la dissolution du mariage, demander ni part dans la communauté, ni douaire, ni droit de survie. Un autre droit du mari sur la personne de la femme, lorsqu'elle est commune en biens avec lui, est de la soumettre au paiement de toutes les dettes qu'il contracte. » (T. XIII, p. 348.)

§ V. — Proudhon ⁽¹⁾.

Proudhon définit ainsi le mariage :

« Le mariage est une association légitimement contractée entre l'homme et la femme, emportant tradition mutuelle de leurs facultés naturelles avec promesse d'assistance et de fidélité réciproques. »

Les articles 212, 213, 214, sont seulement énoncés.

Mais, en note, Valette écrit, à propos de l'obligation de la femme d'habiter avec le mari et l'emploi de la force publique à ce sujet :

« Nous pensons que ces mesures n'ont rien d'illégal, et qu'à cet égard les tribunaux doivent statuer suivant les circonstances. Dans un sens contraire, on argumente de l'article 1142, d'après lequel toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts... Si l'on objecte que, d'après la théorie de ces articles, l'emploi de la force n'a lieu, en définitive, que pour mettre le créancier en possession plus ou moins complète de certaines choses, et non pour exercer directement, et principalement des actes de violence sur la personne du débiteur, nous répondrons qu'entre mari et femme, il ne s'agit pas des relations habituelles de dette et de créance, mais des relations toutes spéciales d'obéissance et de protection. »

En ce qui concerne l'autorisation maritale, nous lisons :

(1) *Traité sur l'état des personnes*, avec notes de M. Valette, 2 vol., 1842, t. I, p. 432.

« Le principe de l'autorisation est donc fondé sur la condition personnelle des époux, dont l'un est constitué par la loi sous le pouvoir tutélaire de l'autre.

» Il dérive aussi de la raison naturelle, qui veut que, dans toute association, le moins éclairé soit dirigé par le plus prévoyant.

» Enfin il est fondé sur l'intérêt commun de la femme et du mari, lequel serait blessé si le sort de leur association était livré à l'imprévoyance et à la légèreté de l'associé le moins propre à gouverner et que, par caractère, la nature appelle à la subordination. La puissance maritale appartient donc et au Droit naturel sur lequel elle est fondée, et au Droit civil qui en règle les effets. »

Il juge ainsi l'adultère :

« L'adultère de l'époux, n'ayant pas de suites aussi graves, doit être traité avec moins de rigueur. »
(P. 489.)

§ VI. — Zachariae ⁽¹⁾.

DÉFINITION DU MARIAGE (t. I, p. 165). — En droit naturel, le mariage implique l'union charnelle de deux personnes de sexe différent... D'après les principes du Droit français, le mariage est l'union de deux personnes de sexe différent, à laquelle la loi,

(1) *Le Droit civil français*, traduit et annoté suivant l'ordre du C. N. par Massé et Vergé, 5 vol., Paris, Aug. Durand, 1854.

moyennant l'accomplissement de toutes les formalités prescrites, attribue, sous réserve toutefois de l'action en nullité, les mêmes effets juridiques qu'au mariage dans le sens du Droit naturel (lors même que l'accomplissement de ces formalités n'aurait été suivi d'aucun commerce charnel).

Le chapitre VI est consacré aux droits et aux devoirs réciproques des deux époux (p. 227) :

« Chaque époux doit considérer les intérêts de son conjoint comme ses intérêts propres. Chacun d'eux est donc fondé à réclamer de l'autre toute l'assistance personnelle dont il a besoin dans ses affaires, dans ses maladies et dans toutes les circonstances de la vie, en tant du moins qu'ils se trouvent en état de se prêter à cette assistance. De là, il suit aussi que chaque époux doit à l'autre les secours pécuniaires et matériels proportionnés à sa fortune. De plus, chaque époux doit à l'autre la fidélité conjugale.

Au sujet des droits et des devoirs particuliers à chaque époux, et en ce qui concerne l'emploi de la force publique contre la femme, nous trouvons :

« ... dans le cas où elle s'y refuserait et où des moyens de douceur seraient insuffisants ou inapplicables, le droit est pour le mari de recourir à la contrainte personnelle. Cependant, le juge peut, pour des raisons graves, comme par exemple lorsque le mari n'a pas de résidence fixe, ou qu'il ne peut pas offrir à sa femme de logement convenable et compatible avec son état de santé, la délier de cette obligation. Si le mari dont la femme s'est éloignée du

domicile conjugal exige qu'elle y revienne, il doit lui fournir les moyens pécuniaires dont elle a besoin, soit pour quitter d'une manière convenable la demeure qu'elle a occupée jusque-là, soit pour subvenir aux frais du déplacement. De son côté, le mari est obligé de recevoir la femme dans sa demeure, de l'y traiter comme maîtresse de maison, et d'y pourvoir à son entretien, selon ses facultés et son état. Si le mari refuse de recevoir sa femme à son domicile, il n'y a pas de moyen direct de l'y contraindre, mais il peut être condamné à lui servir une pension proportionnée à ses moyens de fortune. »

Qu'est-ce qui motive l'autorisation maritale ?

« Ce n'est pas l'intérêt de la femme et la faveur due à la faiblesse de son sexe qui ont rendu cette autorisation nécessaire, car alors les femmes non mariées auraient dû être placées en curatelle. Le législateur s'est préoccupé de l'intérêt du mari. Et cependant, en considération de la connexité intime des intérêts des deux époux et pour garantir plus complètement l'intérêt du mari, la loi permet à la femme elle-même de se prévaloir du défaut d'autorisation. »

« La question de savoir si l'on peut employer la contrainte personnelle pour contraindre la femme à réintégrer le domicile conjugal est controversée. Le système personnel prévaut, et c'est avec raison, car il ne s'agit point d'exiger le paiement d'une dette au moyen de la contrainte par corps, mais de l'exécution d'un droit dont l'objet est la personne de la femme. Toutefois, la contrainte personnelle ne doit

être autorisée qu'autant que le mari a d'abord épuisé tous les autres moyens de contrainte, tels que la saisie des biens et des revenus personnels de sa femme. » (En note, p. 129.)

« L'obligation imposée au mari d'assurer à sa femme un entretien conforme à sa condition continue d'exister, même lorsque la femme a quitté le domicile conjugal, si elle y a été contrainte par de mauvais traitements... Du reste, le droit des époux de refuser des aliments à celui qui refuse de reprendre la vie commune est réciproque, et appartient à la femme comme au mari. » (Note 10, p. 230.)

« Il y a plusieurs systèmes sur le fondement de l'autorisation maritale : l'intérêt du mari, l'intérêt du mari et celui du ménage, l'intérêt du mari et la faiblesse de la femme. Le fondement de cette autorisation n'est dans aucun de ces systèmes en particulier. Il est dans tous. La loi n'a pas voulu que l'intérêt du mari et celui du ménage, qui est peut-être en même temps l'intérêt de la femme, fussent compromis par la faiblesse de la femme, et elle lui a donné un mentor, qui la soutient, la dirige et l'habilité. » (Note 4, p. 231, Massé et Vergé.)

§ VII. — Observations critiques.

Après cette longue analyse des opinions relatives aux articles 212, 213, 214, chez les premiers commentateurs du Code civil, nous pouvons dégager les traits communs à ces diverses théories.

Pour les premiers commentateurs, la puissance maritale est de droit naturel. Ils appliquent aux rapports entre époux leur croyance d'ordre général à une sorte de droit supérieur, dégagé des contingences auxquelles sont soumises les législations. Si les nations, par suite des mœurs et des circonstances, ont leurs lois propres, un esprit clairvoyant doit retrouver dans chacune de ces lois certains principes communs. Nulle autre institution peut-être que la puissance maritale n'est plus caractéristique de la croyance au droit naturel. La nécessité de l'autorisation pour la femme, c'est un de ces principes auxquels on ne peut déroger. C'est une loi, aussi évidente qu'une loi de mathématique. Dire que la volonté féminine devrait parfois contrebalancer celle du mari, c'est du domaine de l'absurde; sans prédominance du mari, le mariage est impossible. Tel le législateur l'a organisé, tel il doit être.

Ce n'est qu'en passant, d'ailleurs, que tous ces premiers commentateurs parlent de l'origine naturelle de la puissance maritale, comme d'un point assuré.

Mais ils insistent sur l'interprétation à donner à l'article 212, et surtout à l'article 214. Si le terme fidélité se comprend aisément, qu'est-ce au juste que le secours et l'assistance ? Surtout quels moyens de contrainte licite peut-on employer pour obliger la femme à remplir son devoir de cohabitation ? Peut-on employer la force ? L'emploi de la force correspond-il à une véritable contrainte par corps ? Telles sont les questions qu'ils cherchent à résoudre.

Voici donc exposée l'opinion des premiers juristes qui écrivirent au sujet des droits et des devoirs respectifs des époux, tels que le Code les a conçus. Répétons-le : leurs idées à ce sujet, si elles sont empreintes de certitude, sont brièvement exprimées. Ce n'est qu'avec les auteurs suivants, et surtout avec Demolombe, que nous verrons s'affirmer nettement la théorie des grands commentateurs sur le sujet qui nous intéresse. Sa voix prêtera à la thèse de la subordination, de l'infériorité et de l'effacement nécessaires à la femme, l'appui d'une parole autoritaire et écoutée.

SECTION II

LA DOCTRINE DES GRANDS COMMENTATEURS DU CODE CIVIL SUR LES ARTICLES 212 A 214

§ I. — Observations préliminaires.

Ici nous entrons dans une période où les juristes célèbres abondent, mais, parmi eux, deux noms se détachent lorsqu'on étudie les articles 212, 213, 214. Ce sont ceux de Demolombe et de Laurent. Ils étudient tous deux les rapports personnels des époux avec un luxe de détails, une longueur de commentaires auxquels nous ne sommes pas habitués dans les grands traités de droit civil. On sent que, manifestement, la question les intéresse et qu'ils la jugent d'importance. Mais là s'arrêtent leurs ressemblances. Demolombe incarne la théorie de l'infériorité du sexe féminin et de sa subordination nécessaire dans

ce qu'elle a de plus absolu et de plus intransigeant. Laurent est dans la tradition du droit intermédiaire. Il veut l'égalité des époux. Les réformes les plus audacieuses réclamées par le féminisme, il les réclame déjà. Entre ces deux pôles opposés, les juristes du xix^e siècle ne présentent que des différences de détails. Leurs opinions semblent coulées sur le même moule, et, à part quelques légères concessions aux doctrines féministes naissantes, ils partagent les idées de Demolombe.

Nous allons reproduire les opinions des grands commentateurs sur les articles 212 à 214, dans leurs passages les plus caractéristiques.

§ II. — Demolombe ⁽¹⁾.

Le tome IV du *Cours* (p. 99 et s.) traite des droits et des devoirs respectifs des époux.

« Ce sont là des devoirs, sans doute, qui dérivent avant tout de la religion et de la morale, devoirs aussi dont l'accomplissement veut surtout de l'élan, de la spontanéité; et le dévouement ne se commande pas ! Mais enfin la loi, dans la mesure de ses moyens de contrainte, imprime à ces devoirs la sanction de la puissance publique; ils sont, en conséquence, civilement et juridiquement obligatoires.

» ... La nature elle-même désigne le mari comme

(1) *Cours de Code Napoléon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, Durand et Hachette, 4^e éd., 1869.

chef de la société conjugale, et la loi, pour organiser dans la famille la hiérarchie et la discipline, n'a eu qu'à reconnaître cette prééminence... L'ordre public est essentiellement intéressé au maintien des pouvoirs domestiques... »

C'est le mari qui doit tenir les cordons de la bourse.

« On ne pourrait, sans porter atteinte à la puissance maritale, déclarer que la femme gardera dans ses mains le montant de sa contribution... Ce serait donner l'autorité à la femme, mettre le mari en tutelle !... Ce serait le renversement complet de tous les principes. Demolombe admet, cependant, que la justice pourra autoriser la femme à tenir la caisse dans des cas spéciaux; « mais ce ne sera qu'une » exception sur laquelle il faudra être très réservé. »

Puis il passe en revue tous les points sur lesquels il peut y avoir controverse.

1° DROITS DU MARI SUR LA CORRESPONDANCE DE SA FEMME. — Il rapporte un arrêt de la Cour d'appel de Louisville du 25 décembre 1867 (*Courrier des Etats-Unis*), qui refuse au mari le droit d'ouvrir la correspondance de sa femme, si, « pour des raisons de goût et de jugement personnel, elle ne croit pas devoir les remettre ou les montrer à son mari; elle a le droit de les conserver comme sa propre et inviolable propriété... Le Code des lois américaines garantit la liberté de pensée et d'échanges de sentiments des épouses. Leurs idées leur sont propres, leurs senti-

ments leur appartiennent, et leurs affections ne sont qu'à elles ».

Demolombe qualifie cette thèse de très chevaleresque », mais de « très peu juridique ». Il espère que les revendications féminines qui commencent alors « pourront retentir longtemps encore, sans ébranler la puissance du mari sur sa femme, qui est, avec la puissance du père sur ses enfants, la base fondamentale de la famille et la condition essentielle de la discipline et de l'harmonie qui doivent y régner ». Aussi il admet le droit du mari sur la correspondance « comme égal en ce point au droit du père ». « Quel intérêt, dit-il, la femme peut-elle avoir à refuser à son mari la communication de ses lettres ? Quel intérêt honnête et avouable ? »

2° LA FEMME EST OBLIGÉE D'HABITER AVEC LE MARI. — Demolombe étudie le point de savoir si la femme doit suivre son mari à l'étranger. Il répond oui, sauf cas exceptionnels, et lors même qu'il régnerait des maladies contagieuses dans l'endroit où il veut s'établir. « Il faut, dit-il, se défier de tous ces motifs, de tous ces prétextes le plus souvent, par lesquels la femme essaierait de se soustraire à cette obligation la plus essentielle du mariage », mais il admet que la résidence du mari doit être fixe, décente, sans confusion de ménage, même avec le père ou la mère du mari. « Et il s'élève contre l'opinion qui veut que seule la séparation de corps dispense la femme d'habiter avec le mari, car l'obligation de la femme est corrée-

lative au devoir du mari de la traiter convenablement. » Mais Demolombe n'admet pas que la femme invoque, pour se dispenser de son devoir de cohabitation, les mauvais traitements de son mari, car seuls des faits présents peuvent dispenser la femme de son devoir.

« Or, les mauvais traitements sont par leur nature même des faits antérieurs. Ils ne peuvent que motiver une demande en séparation de corps. Si le mari n'a qu'un logement insuffisant et que la femme ait des ressources personnelles, elle devra donner au mari les moyens d'avoir ce logement. »

3° MOYENS D'EXÉCUTION. — Demolombe admet l'opinion du Conseil d'Etat, d'après laquelle « toutes ces difficultés doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances ». Mais le silence de la loi, la nécessité de garantir l'exécution de l'article 212 et de maintenir l'autorité du pouvoir judiciaire, qui doit être en mesure d'assurer l'exécution de ses ordres, autorisent les magistrats à employer tous les moyens. Il examine ces moyens :

a) Pourrait-on déclarer la femme déchue de sa dot ou de sa part dans la communauté ? Aucun texte n'y autorise.

b) L'abandon est-il une cause de séparation de corps ? Non en lui-même, car ce serait admettre indirectement la séparation par consentement mutuel, mais il peut être considéré comme une injure grave.

c) Si le mari dilapide la fortune de sa femme pour

la punir de s'être enfuie, celle-ci peut-elle demander la séparation de biens ? Oui, répond Demolombe, car « la loi ne peut pas autoriser des voies de fait, même à titre de représailles ».

d) Le mari peut-il refuser des aliments et des secours pécuniaires à sa femme ? Oui, même il peut lui refuser ses vêtements, « à condition de respecter toujours les convenances et la décence », mais ce moyen est souvent inefficace ou impraticable.

e) Le mari peut-il saisir les revenus des biens dont la femme aurait la jouissance ? Oui, les magistrats en décideront.

f) Peut-il s'approprier ses revenus ? Oui, « car la loi, par son silence, autorise tous les moyens. »

g) Enfin le mari peut-il employer la force ?

Demolombe l'admet et critique l'opinion contraire.

« Ce n'est pas, dit-il, une véritable contrainte par corps. Il compare le cas à celui d'un intrus qui a envahi un domicile particulier et qu'on fait mettre dehors de force.

» Plus d'une femme retournera d'elle-même près de son mari plutôt que d'y arriver avec une escorte d'huissiers et de gendarmes. » Il n'est pas certain que la femme aussitôt arrivée ne songe qu'à s'en aller.

« Qui ne sait combien sont frivoles souvent les causes de ces mésintelligences domestiques, et tout ce que les influences étrangères et les mauvais conseils peuvent avoir d'empire sur les dispositions de la femme ! Ce n'est peut-être qu'une querelle d'un moment, qu'une vivacité accidentelle qui a déterminé

son départ; mais elle ne veut pas revenir pourtant; elle ne l'ose pas peut-être. Soit entêtement, soit amour-propre et fausse honte, elle reste de son côté, n'ayant d'ailleurs contre son mari aucun grief sérieux. Mettez ces deux époux en présence, et souvent voilà la réconciliation opérée. »

Il se peut qu'il n'y ait aucun scandale et « que personne, même dans le voisinage, ne s'aperçoive que deux agents de la force publique viennent d'emmener la femme pour la conduire chez son mari ».

Un seul jugement suffit à condamner la femme et à lui ordonner de réintégrer le domicile conjugal.

Pour contraindre le mari à recevoir sa femme, Demolombe admet tous les moyens précédents, sauf l'emploi de la force publique, car « ce serait là un renversement de rôles, une atteinte flagrante à la puissance maritale, une mesure enfin contraire à toutes nos mœurs ».

Demolombe étudie ensuite le nom et la nationalité de la femme mariée. Il accorde au mari le droit de changer de nationalité sans le consentement de sa femme, mais il exige le consentement du mari si la femme veut changer de nationalité.

4° NÉCESSITÉ DE L'AUTORISATION MARITALE. —

« L'inexpérience de la femme est, quoi qu'on en dise, le fait le plus ordinaire, le fait général... Lorsque la femme est mariée, lorsqu'il y a près d'elle un tuteur naturel et tout trouvé, eh bien ! je dis qu'il était sage d'en profiter et de baser l'autorité maritale sur le

droit du mari à l'obéissance de sa femme, comme sur le droit de la femme à la protection du mari. » (T. IV, p. 131.)

5° CAUSES DE LA SÉPARATION DE CORPS. — « On ne peut nier que l'adultère de la femme ne soit bien plus coupable encore : soit parce que, la femme devant être plus retenue par la pudeur même de son sexe, l'adultère suppose en elle plus de dépravation; soit parce que, dans l'état de nos mœurs ou, si vous voulez, de nos préjugés, l'adultère de la femme porte à l'honneur du mari la plus grave atteinte; soit enfin parce qu'il peut avoir les plus funestes conséquences. »

Demolombe est plein d'indulgence pour le mari coupable. Il ne l'accuse d'adultère que si la concubine a été rigoureusement entretenue dans la maison commune, dans le même appartement; si la concubine habite en face ou dans la même maison, mais dans un appartement différent, il excuse le mari : « Il se prend lui-même à plaindre le mari « qui est » condamné à la séparation, parce que, après avoir » été abandonné par sa femme, il vit avec sa servante. » (P. 439.)

« Il ne faut pas exciter la femme à surveiller, à épier au dehors les démarches de son mari, à porter peut-être par des soupçons jaloux le trouble dans d'autres ménages ! La pudeur de son sexe, l'autorité maritale, toutes les convenances enfin, lui commandent des sentiments de réserve et de confiance. » (P. 449.)

§ III. — Les autres grands commentateurs
du Code civil.

Nous avons consacré à l'étude des opinions de Demolombe un paragraphe spécial. Nous ferons de même pour Laurent. Nous donnerons, du plan que nous adoptons, la raison suivante : Laurent et Demolombe nous semblent être l'antithèse l'un de l'autre. Demolombe est le représentant des idées du vieux Droit français sur la condition des femmes mariées. Laurent est aussi féministe que les plus modernes partisans de cette doctrine.

Mais entre ces deux auteurs si opposés, bien d'autres prennent place. Leurs opinions sont en général brièvement exprimées, et ne diffèrent guère que par la forme. Elles sont pour la plupart dans la tradition de Demolombe.

Aussi, pour éviter des redites, nous nous bornerons à reproduire les passages les plus originaux de ces auteurs.

I. — DURANTON ⁽¹⁾.

C'est dans le tome II de son *Cours* (p. 409) que Duranton traite des articles 212, 213, 214.

« Ces devoirs, dit-il, ont leur principe dans la morale, dont la loi n'est ici que l'interprète...

» Le mari doit spécialement protéger sa femme... En prenant son nom, en se plaçant sous sa puissance, elle a cherché un appui à sa faiblesse naturelle, et le

(1) *Cours de Droit français suivant le Code civil*, Paris, A. Gobelet, 3^e éd., 1834.

contrat serait violé dans son essence, le mari manquerait à son premier devoir autant qu'il manquerait à sa propre dignité, s'il dédaignait de la protéger, s'il la laissait en butte à la persécution...

» Ce pouvoir protecteur, qui dérive encore plus de la nature que de la loi civile, suppose dans celui qui l'exerce une supériorité et une prééminence sans lesquelles son action serait inefficace : par cela même, il suppose aussi de la part de l'être protégé soumission et obéissance, puisque l'idée d'indépendance, qui se suffit à elle-même sans secours emprunté, est incompatible avec le besoin de défense et de protection. Cette loi n'est pas celle de la force seule, c'est aussi celle de la raison : sans la prééminence de l'un des associés, la société conjugale ne saurait subsister; et la femme, en reconnaissant cette prééminence dans celui auquel elle s'est unie, ne fait que rendre hommage au pouvoir qui la protège. »

La femme est obligée de suivre son mari même hors de France.

Quels sont les moyens de contrainte ?

Duranton les analyse avec soin. En ce qui concerne l'emploi de la force publique, il est un des rares auteurs de cette époque à ne pas l'admettre, parce que :

1° La loi n'admet la contrainte que dans des cas expressément déterminés;

2° Il faudrait renfermer la femme, ce qui est impossible et contraire à la paix publique. Ce serait, de plus, un sujet de scandale et de risée;

3° Lors de la discussion au Conseil d'Etat, on n'a parlé que de suppression d'aliments. Ce moyen est odieux et répugne à la décence publique. Il n'est propre qu'à semer la haine entre deux époux momentanément divisés;

4° Les sanctions précitées suffisent, « et d'ailleurs l'opinion publique offre une garantie suffisante, puissante. Ce désagrément n'atteindra guère que les maris qui ne feront pas de leur côté tout ce qu'ils doivent faire pour procurer le bonheur à leurs épouses. Et si la femme se conduit mal, le mari peut lui faire infliger les peines portées aux articles 336 et suivants du Code pénal ».

Au sujet de l'adultère, Duranton, si libéral en ce qui concerne l'emploi de la force publique, emploie des termes bien caractéristiques de l'époque (p. 502) :

« Je puis avoir des princes sans vous, disait une princesse à son époux, et vous n'en pouvez avoir sans moi. »

« ... La pudeur et la chasteté sont les premières vertus des femmes. Ce sont les femmes elles-mêmes qui en ont fait leurs premières lois, consultant en cela au moins autant leur intérêt que le nôtre, car leur empire est détruit dès qu'elles les ont violées. Il faut donc que la dépravation soit portée à un plus haut degré chez celles qui les abjurent qu'elle ne l'est chez l'homme qui ne se dépouille de la continence que comme une vertu secondaire à laquelle, bien à tort sans doute, les mœurs et l'opinion n'attachent qu'une estime proportionnelle, et par cela même trop

peu recherchée... « L'adultère, a dit M. d'Aguessau, » est souvent le premier pas qui conduit à l'assassinat. »

II. — AUBRY ET RAU (1)

Aubry et Rau s'étendent très peu sur l'étude des droits et des devoirs des époux.

Ils ne disent rien de particulier sur l'article 218. Ils étudient surtout la pension alimentaire que l'époux qui a abandonné le domicile conjugal ou qui refuse de recevoir l'autre partie doit à son conjoint (p. 189) :

« Quelque étendue que soit l'autorité du mari, elle reste soumise au contrôle des tribunaux auxquels la femme peut s'adresser pour faire réprimer les actes d'oppression que son époux exercerait à son égard. »

Aubry et Rau admettent le refus de tout secours pécuniaire par le mari d'une femme récalcitrante, la saisie des revenus et la contrainte par la force. « Les tribunaux sont même tenus d'ordonner cette dernière voie de contrainte quand elle est requise, à défaut d'autres moyens d'exécution. » En note : « Les arrêts qui ont admis une opinion contraire ont confondu ce moyen de coercition avec la contrainte par corps et ont méconnu « les véritables caractères des » droits et les devoirs que le mariage engendre. »

(1) *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., t. VIII, revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par M. Emile Bartin, chez Marchal et Gode, 1913.

La force publique peut être employée pour faire ouvrir le domicile conjugal par le mari, mais non pour le contraindre à rejoindre sa femme.

Quel est le fondement de l'autorisation maritale ?

« Sanctionner pour tous les actes de la vie civile le devoir d'obéissance imposé à la femme et garantir son patrimoine, en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du ménage et à assurer l'avenir de la famille, tel est, en somme, le double but que le législateur a eu en vue. »

III. — TROPLONG (4).

Nous reproduirons seulement l'opinion de Troplong sur le point de savoir si un mari peut employer la force publique :

« Ayant vu de près cette difficulté dans l'exercice de mes fonctions de magistrat de Cour royale, j'avoue qu'elle m'a toujours semblé plus pointilleuse que réelle. Comme le dit avec discernement la Cour royale de Nancy dans un arrêt du 11 août 1826 :
» Si femme s'obstine à désobéir à la justice, il est
» naturel et légitime de l'y contraindre, même par
» l'emploi de la force publique, si toutes autres
» voies d'exécution sont inefficaces. On ne peut rai-
» sonnablement assimiler cette mesure à la contrainte
» par corps ordinaire, puisqu'un emprisonnement
» temporaire est le but de la contrainte par corps,

(4) *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code depuis et y compris le titre de la vente.* A Paris, chez Charles Ringray, 1847, t. XVIII, p. 202, n° 238.

» tandis qu'au cas actuel il ne s'agit que de réinté-
» grer au domicile une épouse récalcitrante à ses
» devoirs; dès qu'elle y est arrivée, la liberté la plus
» complète lui est rendue. Le principe contraire
» serait destructif de l'autorité des jugements; il
» autoriserait une séparation d'un nouveau genre
» entre conjoints. »

» Voilà le langage de la vérité; aussi le pouvoir dirigé contre cet arrêt a-t-il été rejeté par la Chambre des requêtes au rapport de mon savant ami, M. Lassagni. Je ne conçois pas que le judicieux annotateur du *Nouveau Recueil* de M. Devilleneuve ait élevé des doutes sur un point de droit si clair et si palpable. S'il est permis de douter en pareille matière, il faut renoncer à la certitude en jurisprudence. »

Troplong définit ainsi le mariage : « Le mariage est une société, mais les deux parties n'y sont pas égales. La force est au mari, la faiblesse à la femme. Malgré tous les efforts de la civilisation pour adoucir les forts et pour fortifier les faibles, il reste et restera toujours entre l'homme et la femme une inégalité naturelle plus ou moins marquée. » (*Du contrat de mariage*, 2^e éd., t. I, 1854, p. 40, n^o 2.)

IV. — DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, TAULIER,
DU CAURROY.

Ces auteurs ne disent rien de vraiment original sur les articles 212, 213, 214. Ils se bornent à les énoncer et, pour la plupart, à les approuver pleinement.

« La nature même et le but de la société conjugale indiquent les devoirs mutuels des époux, unis entre eux par un lien sacré qui confond en quelque sorte deux personnes en une, ils se doivent fidélité; unis pour s'aider à supporter le poids de la vie, ils se doivent secours et assistance...

» Le bon ordre de cette société exigeant qu'il y ait un chef, la prééminence de l'homme est indiquée par la nature : plus fort que sa compagne, il doit la protéger, ce qu'il ne pourrait faire qu'imparfaitement s'il n'avait droit à son obéissance.

» La loi ne s'est pas expliquée sur les moyens qu'aurait le mari de contraindre la femme qui refuse d'accomplir son obligation (habiter avec lui). »

L'auteur admet le refus d'aliments, la saisie des revenus.

« Quant à l'emploi de la force publique, c'est là un moyen violent, peu en harmonie avec les principes de l'union conjugale et qui, le plus souvent d'ailleurs, serait inefficace, puisqu'il n'empêcherait pas la femme de s'en aller de nouveau. A ces considérations pour exclure l'emploi de ce moyen, on ajoute que ce serait là une contrainte par corps; or, la contrainte par corps ne peut être appliquée hors les cas prévus par la loi. » « Toutefois, ces raisons ne me paraissent pas déterminantes pour proscrire absolument et indistinctement l'emploi de ce moyen rigoureux. Sans doute, le mari ne peut y recourir de sa propre autorité sans l'intervention de justice. Je vais plus loin, et je dis que le jugement qui ordonne à la

femme de réintégrer le domicile ne suffit pas pour le légitimer; mais je crois que les juges peuvent, en connaissance de cause, l'autoriser par une disposition formelle, car il faut bien qu'il existe quelque moyen d'action pour assurer l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi; et la mesure en question, qui peut quelquefois être utile, ne paraît comprise dans les pouvoirs qu'ont les tribunaux de tracer le mode d'exécution de leurs jugements quand la loi, comme ici, ne l'a pas tracé. C'est d'ailleurs abuser des mots que d'appeler cette mesure contrainte par corps, et l'article 2063 est ici sans application. » (Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*. A Paris, chez Gustave Thorel, 1849, t. I, p. 417.)

Et dans le tome II, page 12 : « L'ordre public est trop intéressé à l'exécution des lois du mariage pour qu'il puisse y être valablement dérogé par le consentement des parties. »

Taulier écrit :

« La fidélité entre époux est commandée d'une manière absolue par le droit naturel qui flétrit la violation de la foi jurée...

» La loi aurait dû se préoccuper surtout des exigences de la saine morale et, par une égale sévérité, mettre un frein à de trop faciles dérèglements qui sont toujours funestes à la famille... Sans doute celui qui porte le trouble dans la famille d'autrui est coupable; mais celui qui oublie ce qu'il doit à sa propre famille est-il donc innocent ? La femme libre-concu

bine du mari échappe à toute punition : la loi la considère comme une victime de la séduction ; que de fois cependant, courtisane effrontée, elle mériterait elle-même un châtiment sévère ?... La loi a-t-elle eu l'idée singulière de placer un mari au-dessus des pardons de sa femme ? Je l'ignore. « Le mari qui surprend sa femme en flagrant délit d'adultère peut la tuer ; le contraire n'est pas vrai. » « La loi, organe » de préjugés injustes, ne permet pas à celle-ci » d'avoir de telles susceptibilités. » « Par ces termes » (assistance mutuelle), la loi appelle, en outre, les » époux à confondre leurs joies et leurs chagrins, » leurs craintes et leurs espérances. »

» Dans toute association il faut un chef ; l'ordre et la paix sont à ce prix. Dieu a fait l'homme pour commander ; il a donné à la femme des habitudes plus douces, des goûts plus modestes, un rôle plus paisible. L'un est destiné à entreprendre les voyages, à braver les périls, à porter le poids de toutes les agitations de la vie ; l'autre s'honore par les pudiques devoirs d'une existence intérieure. Le mari sera donc le chef de l'association conjugale.

» La protection due à une femme soumise exclut la tyrannie ; l'obéissance envers un protecteur n'exclut pas la liberté.

» A propos du devoir pour la femme d'habiter avec le mari : « La doctrine ne peut qu'applaudir l'esprit » de discernement et de moralité de la jurisprudence » qui refuse au mari le droit de saisir les vêtements » de la femme et de la condamner à une astreinte à

» tant par jour. L'auteur admet l'emploi de la force
» publique, qu'on ne doit pas confondre, dit-il, avec
» la contrainte par corps, car autrement, après l'es-
» sai inutile de moyens moins rigoureux, il dépen-
» drait du caprice et même du crime de l'épouse de
» créer un nouveau genre de séparation de corps,
» subversif des droits privés du mari et des droits
» généraux de la société. » (Taulier, *Théorie raison-
née du Code civil*. A Paris, chez Alphonse Delhomme,
1848, t. I, p. 337 et s.).

Du Caurroy invoque lui-aussi la nécessité de donner
un chef à l'association conjugale.

« La société conjugale, comme toute autre société
régulièrement organisée, doit avoir un chef, et, par
la force des choses, ce chef ne peut être que le mari.
De là dérivent la protection qu'il doit à sa femme et
le devoir d'obéissance auquel celle-ci est soumise. »
(N° 367, *Commentaire théorique et pratique du Code
civil*. A Paris, chez Thorel, 1851, 2 vol.)

« L'assistance que se doivent mutuellement les
époux n'est pas, comme le devoir de fidélité, suscepti-
ble d'être garantie par une sanction pénale : seule-
ment l'abandon de l'un des conjoints par l'autre
pourrait être considéré comme une injure grave et,
par suite, comme une cause de séparation de corps. »
(N° 366.)

Du Caurroy admet que la femme soit obligée de
suivre son mari même à l'étranger, mais garde alors
sa nationalité. Il admet l'emploi de la force publique,
il reconnaît d'ailleurs ce moyen impraticable au-

delà des frontières et que, tout en entraînant beaucoup de scandale, on ne pourra contraindre la femme à demeurer au domicile de son mari, mais il trouve que l'emploi de la force peut cependant avoir son efficacité, afin de soustraire la femme à des influences dont elle n'aurait pas la force de s'affranchir elle-même. »

Il n'admet pas la saisie des revenus par le mari. Il conteste la légalité de ce moyen, trouve qu'il est rare qu'une femme ait la jouissance de ses biens et enfin fait remarquer « qu'il est dangereux de réduire une femme à l'indigence ».

La femme pourra, elle aussi, faire appel à la force publique, mais, « en fait, la femme répugnera le plus souvent à l'emploi des voies judiciaires pour s'établir de force au domicile du mari ».

V. — VALETTE (1).

Des droits et des devoirs respectifs des époux.

« Il y a entre les époux des devoirs mutuels, qui sont énoncés dans l'article 212. Mais la femme est placée, par rapport au mari, dans un état convenable à sa nature, qui est subordonnée et dépendante. De là ce devoir du mari, corrélatif à son autorité et que la

(1) *Explication sommaire du Livre I^{er} du Code Napoléon et des lois accessoires*, avec divers renvois à l'ouvrage de Proudhon. A Paris, chez Marescq, 1859.

loi exprime par les mots protection de la femme; et de là aussi le devoir imposé à la femme par le mot encore plus énergique d'obéissance, devoir qui comprend celui d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Et, de son côté, le mari est obligé de recevoir la femme et de lui fournir ce qui est nécessaire à ses besoins. Cette obligation de la femme paraît même de nature à être, suivant les circonstances, sanctionnée par l'intervention de l'autorité publique, en ce sens que la femme, par suite d'une décision judiciaire, pourra être amenée de force au domicile conjugal. La jurisprudence paraît de plus en plus établie dans ce sens, et avec raison, selon nous. Et par réciprocité (quoique le cas se présente bien plus rarement) l'emploi de la force publique doit aussi protéger la femme, que le mari ne voudrait pas recevoir dans sa maison, où elle a le droit de résider. » (P. 117.)

Dans son *Cours de Code civil* (1), Valette écrit, à propos des articles 212, 213, p. 321 : « Ils ont tous deux une grande importance. »

Puis il distingue entre les droits et les devoirs communs aux époux et les autres devoirs des époux.

1° Relevons ce qu'il peut y avoir de curieux dans les appréciations de Valette.

Il parle de la sanction du devoir de fidélité.

« Cette distinction (de peine entre les époux coupables), en ce qui regarde les deux sexes, est d'accord

(1) Paris, chez Germer-Baillière, t. I seul paru, 1872.

avec les mœurs et acceptée par l'opinion d'abord, parce que la pudeur est une des grandes vertus de la femme et son principal titre d'honneur (chez l'homme on considère surtout la probité et le courage) et aussi que l'adultère de la femme tend à « dissoudre la famille en jetant de l'incertitude sur la paternité du mari ».

2° « Il n'est plus question ici d'obligations de même nature, communes aux deux époux; au contraire, l'article 213 nous présente deux règles bien distinctes mais corrélatives entre elles.

» D'une part, le mari doit protection à sa femme, parce que naturellement le sexe le plus fort a mission de protéger le plus faible; mais à cet égard, tout dépend de mille circonstances : la vieillesse, les infirmités, etc., peuvent renverser les rôles et donner à la femme le mari à protéger. Le mot assistance qui figure plus haut ne suffisait-il pas à toutes les éventualités : quoi qu'il en soit, le refus de protection de la part du mari pourrait dégénérer en mépris de la femme et devenir une cause de séparation de corps. D'autre part, la femme est soumise à l'autorité du mari; et notre article emploie à cet égard le mot énergique d'obéissance. C'est là un des motifs qui expliquent l'incapacité de la femme. »

3° Obligation d'habiter avec le mari : La femme est obligée de suivre son mari à l'étranger, mais « l'autorité maritale, non plus que l'autorité paternelle, ne peut exister sans limites et sans contrôle ».

La sanction se trouve dans la séparation de corps,

mais « souvent la partie lésée ne veut pas de ce moyen qui est justement contraire au but qu'elle cherche à atteindre, le rétablissement de la vie commune. Valette trouve qu'on pourrait employer ici la méthode des dommages-intérêts, mais il reconnaît que cette méthode est souvent repoussée. Il partage « entièrement » l'avis des savants jurisconsultes, qui admettent l'emploi de la *manu militari*, car il s'agit de « rapports de famille », de devoirs dont l'accomplissement doit avoir lieu autant que possible en réalité et non par équivalents ». Par voie de conséquence, il autorise le mari à retenir les objets qui appartiennent à sa femme, et à saisir (sauf à en rendre compte) ses revenus, car « une fois la contrainte matérielle admise quant à la personne, il est naturel de l'étendre aux objets dont la personne fait usage ». « Ce n'est pas ici un cas de contrainte par corps, dit Valette. »

Il fonde l'incapacité de la femme mariée sur l'intérêt de la famille en général et en partie sur l'état de dépendance où se trouve la femme à l'égard de son mari.

VI. — PAUL PONT. RODIÈRE ET PAUL PONT. MOURLON.

Nous ne trouvons rien de bien nouveau chez ces auteurs.

« Il ne faut pas confondre la contrainte par corps avec d'autres coercitions exercées sur la personne... C'est pour n'avoir pas fait la distinction qu'on a contesté au mari le droit d'employer la force publi-

que pour contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal. La réponse est qu'il ne s'agit pas là d'un cas de contrainte par corps... Le mari, dans le cas supposé, exerce un droit de puissance. » (1).

Et : « ... Il est défendu de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme. »

» Toutefois, comme dans certaines matières les limites exactes de l'autorité maritale sur la personne de la femme et des enfants ne sont pas nettement tracées par la loi, les conventions qui auraient pour objet de déterminer ces limites, quoiqu'elles ne soient pas rigoureusement obligatoires, pourraient, suivant les circonstances, être prises en considération par les tribunaux. »

Ceux-ci pourront dispenser la femme de suivre son mari à l'étranger pour des raisons de santé ou de bienséance, mais ils ne le pourront que dans des cas bien rares...

« Pourquoi le mari pourrait-il contraindre sa femme à aller habiter une plage éloignée, où elle serait exposée à mourir de nostalgie ? » (2).

« L'autorité maritale est toujours respectable, et la justice ne doit y apporter d'autres restrictions que

(1) *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*. A Paris, chez Relamotte, t. IX, 1863, p. 386.

(2) Rodière et Paul Pont, *Traité de contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 2^e éd. A Paris, chez Relamotte, 1868, t. I, p. 46, n^o 60.

celles de l'intérêt que la famille commande. » (T. III, p. 654.)

Ce sont chez ces auteurs les seules paroles qui méritent d'être citées.

Mourlon ⁽¹⁾ est, lui, plus intéressant.

Il écrit : « Le mari doit protéger sa femme, parce qu'il est le plus fort; sa femme est tenue de lui obéir, parce que, si elle était absolument maîtresse de ses actions, la protection que lui doit son mari serait souvent inutile et quelquefois même impossible. »

Mourlon constate que la pratique permet d'employer la force armée contre la femme, mais en note il s'élève contre cette opinion. Il argumente du fait que les obligations de fidélité et d'assistance ne requièrent point l'intervention des gendarmes et n'a pour sanction que la séparation de corps, que la loi ne consacre nulle part ce droit d'emprisonnement, enfin que le droit exorbitant, qui permettrait aux tribunaux d'assurer l'exécution de la loi par tous moyens, n'est inscrit nulle part (t. I, p. 383, n^{os} 753 et s.).

L'incapacité de la femme a pour fondement, d'après Mourlon :

1^o L'obligation d'obéissance dont elle est tenue envers son mari, car « ce ne serait qu'un vain mot si, à son insu et même contre son gré, la femme

(1) *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 8^e éd., revue et mise au courant par Ch. Demangeat. A Paris, chez Marescq, 1869.

pouvait légitimement se mettre en relations d'affaires avec autrui et disposer ainsi de sa fortune selon son bon plaisir »;

2° La faiblesse et l'inexpérience naturelle de la femme, car « si elle se marie c'est qu'elle ne s'estime point elle-même assez forte et expérimentée pour se passer d'un protecteur » (p. 389).

§ IV. — Laurent ⁽¹⁾.

Les idées de Laurent sur les articles 212, 213, 214, sont tout à fait intéressantes et originales pour l'époque. Elles seront invoquées plus tard par les théoriciens féministes. Ceux-ci ne manquent pas de rappeler les paroles du grand jurisconsulte belge et se réclament de son autorité. Aussi est-il nécessaire de reproduire les passages les plus caractéristiques de cet auteur.

Dans le tome III, page 112 (chap. VI, titre V), il écrit :

« Le mariage est une société. Dans les sociétés ordinaires, les associés sont égaux, il n'en est pas de même de la société conjugale. En se mariant, la femme tombe sous la puissance du mari. Le Code Napoléon ne prononce pas le mot de puissance maritale, mais il consacre la chose... Il y a donc un supérieur et un inférieur dans le mariage, partant dépendance et inégalité... « Rien n'est plus vain que les

(1) *Principes de Droit civil*. A Bruxelles, chez Bruylant Christophe; à Paris, chez Durand et Pedone Laureil, 1869-1870.

» disputes sur la préférence ou l'égalité des deux sexes, a dit Portalis. » Nous ne partageons pas ce dédain des discussions philosophiques sur l'égalité. Ce sont les principes qui régissent le monde; et deux principes aussi différents que celui de l'égalité et de l'inégalité doivent avoir et ont réellement des conséquences bien différentes en droit et même en morale. Ce n'est donc pas une vaine dispute de mots. Portalis continue et dit qu'il y a entre l'homme et la femme des rapports et des différences. Sans doute, il y a des différences mais n'y en a-t-il pas entre les hommes aussi ? Chaque individu est doué de facultés spéciales et a par conséquent une mission à lui : cela n'a pas empêché la Révolution de 1789 de proclamer leur égalité. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'homme et de la femme ? »

Puis Laurent s'élève contre Portalis, qui avait conclu que la femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible; que l'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort.

« Voilà une conséquence que nous ne saurions admettre. En disant que l'homme est le plus fort, entend-on qu'il ait plus de force, d'intelligence et de caractère ? Si telle était la pensée de Portalis, les faits lui donneraient certes un démenti. Il ne s'agit donc que de la force corporelle; en effet, l'orateur du gouvernement constate que l'homme et la femme ne peuvent partager les mêmes travaux, supporter les mêmes fatigues. Ce serait donc parce que l'homme a une constitution plus forte qu'il aurait droit à la

prééminence : voilà un droit naturel contre lequel la conscience moderne proteste. Non, la force ne donne pas la puissance, elle impose des devoirs. Il y a des forts; qui oserait dire que le plus fort a le droit de dominer sur le plus faible ? La force était la loi du monde ancien; l'humanité l'a remplacée par la loi de l'égalité et de la liberté.

» Nous n'hésitons pas à affirmer que la puissance maritale, telle que Portalis la défend, est en opposition avec les mœurs, les sentiments et les idées de la société moderne. Quand le Code civil fut discuté, on entra dans l'ère de réaction contre les idées de 1789. Écoutez un homme de la Révolution : Condorcet, nous dire quelles sont les aspirations de l'humanité en ce qui concerne la prétendue prééminence de l'homme sur la femme. Il qualifie de préjugés l'inégalité des deux sexes. « On chercherait en » vain, dit-il, des motifs de la justifier par les différences de leur organisation physique, par celles » qu'on voudrait trouver dans la force de leur intelligence, dans leur sensibilité morale. Cette inégalité » n'a eu d'autre origine que l'abus de la force, et » c'est vainement que l'on a essayé de la justifier » par des sophismes. » Rien de plus vrai; si nous voulions remonter aux origines de la puissance maritale nous trouverions partout la force. Mais à quoi bon ? Portalis lui-même ne l'avoue-t-il pas ? Eh bien ! la force qui régnait dans l'ancien monde a été détrônée en 1789; la loi de l'inégalité a fait place à celle de l'égalité. Pour mieux dire, la Révolution n'a fait

que consacrer la transformation qui s'était opérée dans les mœurs. En dépit du Code, qui a maintenu la vieille tradition, l'égalité règne dans le mariage comme dans l'ordre politique, ce n'est pas la protection et l'obéissance qui y dominent, c'est l'affection, lien des âmes; ce n'est pas un maître qui y impose sa volonté et un esclave qui la subit, c'est par voie de délibération commune et de concours de consentement que les décisions s'y prennent. »

Laurent voudrait qu'on organise un recours devant la justice toutes les fois que les époux sont en désaccord, ainsi qu'il est fait chaque fois que le mari refuse d'autoriser sa femme pour un acte juridique.

Devoir de fidélité. — Laurent critique la loi trop indulgente pour l'adultère du mari « Si les lois font cela, les lois ont tort; car le législateur ne doit jamais donner des leçons d'immoralité, et il en donne quand il permet à l'homme de violer impunément le devoir de fidélité, tandis qu'il punit cette violation chez la femme. »

Vie commune et sa sanction. — « C'est une des questions les plus controversées du Code civil. » Laurent n'admet pas le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. « Si c'est une question de mœurs, les tribunaux n'ont pas à intervenir. »

1^o Laurent admet que le mari refuse des aliments à sa femme.

2^o Il repousse pour le mari le droit de saisir les revenus de la femme, car « pour la priver d'un droit qu'elle tient de sa qualité de propriétaire et de son

contrat de mariage, il faudrait un texte ». « Il ne peut être question de refus d'aliments quand la femme ne réclame rien. »

3° Il repousse aussi la condamnation de la femme à des dommages-intérêts comme peine, car *nulla pena sine lege*. D'ailleurs, « est-ce que la présence matérielle de la femme dans la maison qu'habite son mari rétablira cette vie commune, qui de deux êtres n'en fait qu'un ! quoi ! la femme a déserté la maison conjugale, parce qu'elle ne voulait plus de la vie commune et elle y rentre non parce qu'elle veut la rétablir, mais pour ne pas payer de dommages-intérêts : s'il reste au mari un sentiment d'honneur, ne devrait-il pas être honteux de devoir à l'intérêt ce qu'il demande en vain à l'affection ?... Comment concilier l'affection avec des peines et des amendes ? »

4° Laurent reproduit les diverses opinions qui ont été émises. Il fait remarquer que si on peut revendiquer sa chose, la femme étant une chose mobilière ne pourrait être revendiquée. Il repousse l'emploi de la force publique, non parce que la contrainte ne peut obliger une personne à faire ce qu'elle a promis (« nous admettons que le débiteur peut être contraint à remplir son obligation, quand cela se peut, par l'emploi de la force. Il n'y a pas là la moindre atteinte à la liberté individuelle », mais parce qu'ici « il s'agit de la vie commune et que la force s'y trouve impuissante ».

Laurent s'élève contre l'opinion qui empêcherait la

femme de se servir de la force contre son mari, alors qu'on s'en sert contre elle. « Quoi, ce serait violer la puissance maritale que de forcer le mari à remplir son devoir ? Pourquoi ne pas appliquer au mari ce qu'on fait à l'égard de la femme ?... »

« A notre avis il n'y a pas de sanction, sauf le droit pour chacun des époux de demander le divorce ou la séparation de corps. »

Incapacité de la femme. — Elle résulte du mariage et non de la puissance maritale.

Causes du divorce (p. 218). — « Nous nous sommes déjà élevé contre l'inégalité que le Code Napoléon établit entre l'homme et la femme. Vainement dit-on que les mœurs et les lois demandent à la femme une pudeur qu'elles n'exigent pas de l'homme. Si les mœurs sont ainsi faites, elles ont tort et les lois aussi. » Laurent ne parle pas du droit du mari sur la correspondance de la femme.

§ V. — Observations critiques.

Laurent resta un isolé. Ses idées furent très critiquées de son temps. En défendant, seul parmi les grands commentateurs du xix^e siècle, des théories alors considérées comme de brillants paradoxes ou de généreuses utopies, il leur donna l'importance et le sérieux attachés aux paroles d'un éminent juriste. Aussi, bien que son opinion semble être restée sans échos dans le monde juridique du xix^e siècle, l'influence de Laurent ne fut-elle pas négligeable sur les générations futures.

Quel jugement porter sur les auteurs du xix^e siècle en ce qui concerne les articles 212, 213, 214 ? Y a-t-il eu évolution dans les idées relatives aux droits et aux devoirs respectifs des époux, et pouvons-nous constater un changement en les comparant aux premiers commentateurs du Code civil ?

Il nous semble que oui.

Les commentaires sont d'ailleurs assez brefs. La grande question à cette époque, le seul point litigieux, c'est de savoir si l'emploi de la force publique envers la femme récalcitrante est ou n'est pas un cas de contrainte par corps. On se heurte au fait que les cas de contrainte par corps sont limitativement déterminés. Alors ? Pour une raison ou pour une autre, ils finissent cependant presque tous par admettre la légalité de la *manu militari*. Ainsi font Troplong, qui trouve que « cette difficulté semble plus pointilleuse que réelle », Du Caurroy, Valette, Marcadé, Taulier, Paul Pont. Seuls Demante, Colmet de Santerre et Duranton repoussent l'emploi de la *manu militari* pour des raisons de moralité et surtout parce que non prévue expressément par les textes.

Tous les grands commentateurs n'ont pas des termes aussi agressifs que Demolombe, mais tous sont intimement convaincus de la sainteté de la puissance maritale. Et si quelques-uns se hasardent à critiquer le Code dans ce que ses dispositions avaient alors de plus choquant, leur respect du texte de loi les force à s'incliner.

Mais ce qui nous fait voir qu'une évolution s'est

produite et qu'il y a quelque chose de changé, c'est que quelques-uns des grands commentateurs, s'ils se prononcent quand même pour le maintien de l'autorité maritale, ce n'est plus toujours en raison d'un droit propre du mari ou à cause de l'infériorité féminine, mais afin d'assurer l'unité de direction du ménage et d'éviter les sujets de discorde. Il y a là une grande différence.

Cette différence, nous allons la voir se préciser et s'accroître chez les auteurs de notre époque.

SECTION III

LA DOCTRINE JURIDIQUE ACTUELLE SUR LES ARTICLES 212 A 214.

§ I. — Observations d'ensemble.

Pendant un certain temps, après la période des grands commentateurs, la science juridique française resta comme figée. Avec les mêmes méthodes et presque dans les mêmes termes, les civilistes continuent à exposer les mêmes opinions; aussi ne pouvons-nous nous attendre à trouver un grand changement dans les idées relatives aux droits et aux devoirs respectifs des époux. Et en effet, au premier abord, tout semble identique. Les auteurs de cette époque, en général, sont toujours des défenseurs convaincus de la puissance maritale. Mais un examen plus attentif permet de s'apercevoir, à certaines

phrases ou à certains mots, que même chez les juristes, par de nombreuses fissures, bien des modifications se sont produites dans l'édifice du mariage, tel que se le représentait Demolombe. La façade de l'institution paraît toujours la même, mais son contenu se transforme lentement et d'une façon presque imperceptible.

Cette remarque s'applique aux auteurs de la dernière moitié du *xix*^e siècle. Pour les juristes contemporains, ce qui caractérise à notre avis leurs opinions, c'est la façon impersonnelle dont elles sont exprimées. Les grands traités actuels de Droit civil se bornent en général à un exposé tout objectif des droits et des devoirs respectifs des époux et leur appréciation, s'il y en a une, est exprimée en quelques lignes. Les termes employés, même s'ils défendent la puissance maritale, sont dénués de cette assurance, de cette certitude absolue avec laquelle les premiers exégètes acceptaient les yeux fermés le dogme de la subordination de la femme. Doit-on voir dans cette modération, presque dans cette répugnance à prendre parti, l'embarras d'esprits partagés entre le respect de la tradition propre à des juristes formés à l'école du Droit romain et le désir de ne pas heurter des idées de plus en plus répandues ? C'est probable.

Suivant la méthode que nous avons adoptée, nous allons essayer de prouver ce que nous venons d'avancer, en donnant des extraits pris parmi les principaux auteurs qui composent la doctrine juridique actuelle.

§ II. — Les dernières années du XIX^e siècle.

Nous situons, dans ce paragraphe, : Guillouard, Théophile Huc et Charles Beudant.

I. — GUILLOUARD (1).

Bien que l'ouvrage de Guillouard soit consacré au contrat de mariage et au régime des biens, nous y trouvons cependant des vues intéressantes sur les rapports des époux.

« ... Aujourd'hui, le cadre s'élargit, et à côté de la lutte séculaire entre le régime dotal et les régimes en communauté, naît une autre question plus grave encore : ne doit-on pas donner à la femme une indépendance complète dans le mariage, et lui attribuer des pouvoirs égaux à ceux du mari ? » (T. I, p. 66.)

L'auteur analyse ensuite le projet en ce sens de Laurent et le rapproche du projet de Cambacérès.

« Déjà nous avons dit, en étudiant les innovations de la loi anglaise, que cette indépendance absolue de la femme nous semble en contradiction complète avec sa nature, avec son rôle dans le ménage : n'a-t-elle pas assez à faire au foyer domestique dont elle est l'âme, auprès de ses enfants dont l'intelligence et le cœur se développent à ses leçons, à côté de son mari qui trouve au foyer le repos, le calme et souvent la force dont il a besoin pour les luttes de la vie ?

(1) *Traité du contrat de mariage*, liv. III, t. V, du Code civil. A Paris, chez Pedone, Lauriel, 1885.

» Nous ne nous faisons pas l'idée de la femme et du mari allant chacun de leur côté et, à l'insu l'un de l'autre, débattre leurs intérêts, se livrer à des spéculations, engager et peut-être compromettre leur patrimoine : dans cette vie tout extérieure que devient la maison, le home ? Nous voyons bien ce que la femme et avec elle la famille perdent à cette prétendue indépendance, que nous appellerons, nous, de l'anarchie, mais nous demandons ce qu'elles y gagnent.

» La législation doit laisser à chacun des époux le rôle auquel ses aptitudes le destinent, au mari l'autorité, à la femme une dépendance pour les affaires extérieures qu'expliquent sa nature et l'importance de son rôle dans les affaires intérieures, dans le gouvernement du ménage.

» ... L'autorité du mari nous paraît nécessaire, dans l'ordre moral, à la paix et au bonheur de la famille; et, dans l'ordre pécuniaire, au crédit du mari et, par suite, à la prospérité du ménage : aussi n'hésitons-nous pas à repousser en législation tout système qui tend à donner à la femme des droits égaux à ceux du mari. »

II. — THÉOPHILE HUC ⁽¹⁾.

Avec cet auteur, l'évolution que nous avons signalée dans les idées relatives aux articles 212 à 214 se fait nettement sentir.

(1) *Commentaire théorique et pratique du Code civil.* A Paris, chez Pichon, 1892.

« Le mariage, étant un contrat, ainsi que nous l'avons démontré, doit engendrer des obligations proprement dites, c'est-à-dire susceptibles d'être sanctionnées par une coercition directe ou indirecte et non pas seulement des devoirs moraux dont l'accomplissement serait abandonné aux scrupules des consciences individuelles.

» Le législateur, pour déterminer l'étendue des droits et des devoirs dérivant du mariage, aurait dû prendre pour base l'égalité incontestable qui existe entre l'homme et la femme. Personne aujourd'hui n'oserait sérieusement alléguer ce qu'on appelait autrefois la fragilité, la faiblesse, l'inexpérience du sexe. Aussi faut-il reconnaître que si la femme est encore soumise, dans les actes civils, au contrôle du mari, ce n'est plus dans le but de protéger sa faiblesse et son inexpérience, mais uniquement pour assurer, par l'unité de direction, la bonne administration du ménage. Nous verrons plus tard ce que vaut cette idée. » (T. II, p. 249.)

L'auteur s'élève contre le Code pénal, qui punit plus sévèrement la femme adultère.

Il examine ensuite les devoirs de secours et d'assistance. « Quand le législateur a voulu déterminer la condition respective de chaque époux dans le ménage commun, il s'est laissé influencer par les vieilles traditions sur la prétendue infériorité de la femme, et il l'a absolument subalternisée.

» La vérité est que les deux époux se doivent une mutuelle déférence; quant à la protection, elle est

due par celui des deux qui se trouve en situation de l'accorder à l'autre. Mais on ne voit pas quelle serait la base de l'obéissance que la femme devrait au mari. Nous avons déjà remarqué qu'il n'existe qu'une seule autorité, celle du père et de la mère sur leurs enfants, et elle n'est pas le résultat d'une délégation. D'où le législateur aurait-il tiré le droit de prétendre soumettre l'un des époux à la nécessité d'obéir à l'autre ?

» Tout ce que l'on peut dire, c'est que les affaires intéressant le ménage commun doivent être délibérées entre les époux comme entre deux associés ayant des droits égaux; et que, dans le cas de dissentiment, l'opinion de l'un devant être prépondérante pour qu'une décision soit prise, le mari est investi de cette prérogative. On comprend très bien, en effet, que la volonté humaine, impuissante à proclamer sa propre déchéance en se soumettant à l'obéissance envers un autre, puisse au contraire, dans une société librement formée, accorder à l'une des parties un vote prépondérant après une délibération commune. » (P. 252.)

L'auteur critique l'opinion de M. Laurent, qui veut un recours aux tribunaux, car « quelle serait par la suite la disposition d'esprit de l'époux convaincu d'avoir eu tort ? » Et puis Huc assimile le mariage à une société ordinaire dont le mari sera l'administrateur statutaire, par suite d'une présomption qu'une « semblable convention est implicitement

contenue dans la société spéciale qu'on appelle le mariage ».

Devoir pour la femme de suivre son mari (p. 255).

— « Les rédacteurs du Code... semblent avoir recherché la formule la plus désobligeante pour la femme..., presque chaque mot semble trahir l'intention de rabaisser la femme. »

Sanctions. — Huc admet le refus des secours pécuniaires, mais il repousse la saisie des revenus de la femme, car « aucun texte, dit-il, n'autorise cette mesure »; de même il n'admet pas la condamnation à des dommages-intérêts, car ceux-ci doivent être calculés d'après la perte subie.

Quant à l'emploi de la force publique, il le trouve inopérant. Il s'agit, en effet, « d'une communauté d'habitation, prestation complexe impliquant à la fois un élément moral et l'élément matériel résultant de la présence effective de la femme ».

Il compare notre cas à celui de l'article 190 où les conjoints dont le mariage est annulé sont appelés à se séparer.

Il n'est pas plus possible d'employer la force publique dans un cas que dans l'autre. « La seule sanction véritable est de considérer le refus de la femme comme une injure grave pouvant motiver une séparation de corps ou le divorce.

On se rend facilement compte, par cette analyse des travaux de M. Huc, du chemin parcouru depuis Demolombe.

III. — CHARLES BEUDANT (1).

L'auteur distingue entre les droits et les devoirs mutuels et réciproques et les droits et les devoirs spéciaux. « Le sujet mérite quelque attention. »

A propos des premiers, il se demande si la Réforme de 1884, qui a établi l'égalité entre époux au point de vue civil tout au moins et au sujet de la fidélité, a été une bonne réforme. Et il répond non sans hésiter, car « il faut à la femme plus de perversité pour tomber ». « Il est certain que cette réforme poussera la femme à se prévaloir, pour en déduire les conséquences extrêmes de faits qu'elle n'avait pas jadis à connaître, que le pardon couvrait souvent quand elle les connaissait, et cela pour le plus grand bien de la famille et surtout des enfants. La loi n'était donc pas si perverse... »

Si la réforme a prévalu, c'est que l'idée qui la dirigeait était simple « et que les idées simples ont toujours un grand avantage sur celles qui supposent une analyse de nuances ». Le système est donc disparate puisque, au point de vue pénal, la femme est plus sévèrement punie. Or, « c'est surtout au point de vue pénal que l'égalité semble s'imposer ».

Puis Beudant en vient à l'analyse des devoirs de secours et d'assistance sur lesquels il ne dit rien de particulier.

(1) *Cours de Droit civil français*. A Paris, chez Arthur Rousseau, 1896 (*Etat et capacité des personnes*, t. I, p. 426).

Au sujet des droits et des devoirs spéciaux, il écrit :

« Au premier abord, ce mot d'obéissance ne paraît pas bien sérieux. En effet, dans l'état des mœurs, l'harmonie dans le ménage ne procède guère de la contrainte.

» Là où règnent ce qu'on a nommé les trois vertus théologales du mariage : la confiance, l'affection et le respect, les deux volontés se rencontrent comme d'elles-mêmes et marchent d'accord; là où les trois vertus font défaut, ce n'est pas l'article 213 et l'obéissance qu'il prescrit qui empêchera les oppositions de se produire, à propos de tout et à propos de rien. D'où l'article 213, qui éveille tant d'ombrages, pourrait disparaître sans qu'on s'en aperçoive beaucoup en pratique. »

Seulement, en principe, il n'en est pas ainsi, car de cet article découle la puissance maritale. Or, c'est cette puissance qui entraîne les deux conséquences suivantes :

1° Le devoir pour la femme d'habiter avec le mari.

Sanctions. — L'auteur les admet : refus d'aliments, saisie des revenus, dommages-intérêts et même la contrainte *manu militari*. Au sujet de cette dernière, il écrit :

« Il suffit souvent qu'une femme soit ramenée à son mari pour être soustraite à des influences dont elle n'a pas la force de s'affranchir par elle-même.

» Par un acte d'autorité, le mari peut quelquefois, rendant la femme à elle-même, rétablir une situation

exposée; l'expérience est là qui le prouve. C'est au mari à juger si l'emploi de ce moyen est opportun et peut être efficace. Aussi bien, la question n'est pas là; elle consiste à savoir s'il est dans son droit en y recourant, ce qui n'est pas douteux. »

2° Le devoir d'obéissance exclut entre époux certains contrats (la vente, par exemple).

Beudant fonde uniquement l'incapacité de la femme mariée sur l'intérêt de la famille et se déclare assez favorable à sa suppression qui, sans changer beaucoup la situation actuelle en fait, la changerait beaucoup en principe et mettrait fin à la guerre qui existe à cet égard entre les hommes et les femmes.

§ III. — Les juristes contemporains (depuis 1900).

I. — *Livre du centenaire* (1).

Cet ouvrage, destiné à faire en quelque sorte le procès du Code civil, à déterminer les réformes nécessaires et les points sur lesquels il pouvait avoir vieilli, nous est précieux pour mesurer l'évolution des idées sur l'organisation familiale. Nous avons, en effet, relevé les paroles suivantes :

« Parmi ceux dont le Code civil paraissait s'être désintéressé, il y en a surtout trois catégories pour lesquelles aujourd'hui on réclame une situation plus favorable : les classes ouvrières, les enfants naturels et les femmes... Ce changement de conceptions dans le domaine social devrait avoir sa répercussion dans

(1) Publié par la Société d'études législatives. A Paris, chez Arthur Rousseau, 1904.

le cercle de la famille..., et encore nous semblerait-il que la société domestique fût compromise, parce que le Droit admettrait une collaboration plus étroite des deux époux. » (Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, p. 116 et s.)

Et M. Paul Lerebours-Pigeonnière écrit (*La famille et le Code civil*, p. 266 et s.) :

« La famille est peut-être, de toutes les institutions, celle dont la constitution, l'organisation et le développement ont le moins subi à toute époque l'influence des réglementations légales; elle est plus qu'aucune le produit des mœurs. C'est qu'il n'y a pas d'institution qui soit plus étroitement subordonnée à la nature même de l'homme, à ses intérêts, comme à la conscience et à l'âme que lui ont faites la civilisation progressive et l'idée religieuse épanouie dans le christianisme... La famille s'est donc constituée progressivement dans les mœurs avant d'être reconnue par la loi, et elle s'est développée selon les mœurs beaucoup plus qu'elle n'a obéi aux tendances de la loi. D'ailleurs, quand la nature de l'homme, quand ses instincts et tout son être moral sont ainsi en cause, la loi eût été impuissante et absurde qui eût voulu se placer en travers et chercher hors des mœurs la base et le sens de l'organisation de la famille.

» Cela ne veut pas dire pourtant que l'intervention du législateur ait été ici superflue et dénuée d'influence.

» D'abord, la famille, que les mœurs ont organisée,

doit obtenir de la loi une consécration nécessaire... Les insuffisances de la loi en cette matière même, lorsque la pratique y supplée dans l'application, amènent très vite un état d'inquiétude et un sentiment d'hostilité entre les institutions juridiques...

» La loi, intervenant pour réglementer la famille, exercera précisément une influence sociale par la manière différente dont elle appréciera et sanctionnera les mœurs variées, les mœurs en voie de transformation. La loi, grâce à l'autorité morale dont elle jouit, deviendra l'un des facteurs agissant sur la conscience publique; et n'est-ce pas la conscience publique qui dirige les mœurs ? Le rôle de la loi vis-à-vis de la famille n'est donc pas entièrement passif.

» ... L'histoire de la famille se déroule principalement dans les mœurs, et la loi n'en peut modifier ou diriger le cours que dans la mesure restreinte où elle est capable d'influer sur la conscience publique. »

P. 272 : « Les rédacteurs du projet de la convention répudièrent la conception traditionnelle de la famille et prétendirent changer les mœurs, parce que les bases de la société ancienne leur parurent inconciliables avec deux aspirations dont ils voulaient assurer l'épanouissement, l'aspiration à une complète liberté individuelle, l'aspiration à l'égalité » ; c'est pourquoi ils supprimèrent la puissance maritale.

P. 283 : « Les rédacteurs du Code civil n'ont pas consacré la pratique courante qui laissait à la femme une part de collaboration. Ils ont maintenu l'opinion

dominante, qui écartait toute collaboration active. »

L'auteur étudie ensuite l'influence que le Code civil a pu avoir sur les mœurs.

Il remarque que l'individualité de la femme mariée n'a pas cessé de se développer, bien que les principes du Code soient ici restés immuables. Mais il n'étudie cet affranchissement de la femme que sous l'angle de sa capacité civile.

Dans le *Code civil et la nécessité de sa revision* (E. Larnaude, t. II, p. 914), nous trouvons ces paroles significatives :

« Ni la puissance paternelle, ni l'autorité maritale, ne sont aujourd'hui, en fait, ce qu'elles paraissent être à lire les articles du Code. »

Et Eustache Pilon écrit (*Réforme du Code civil par voie de révision générale*, p. 936) :

« Pour les rapports de famille, l'évolution des lois et de la jurisprudence postérieures à 1800 s'est faite dans le sens d'un retour aux principes du Droit de la Révolution, tels qu'ils avaient été formulés par la Constituante, la Législative et la Convention...

» Le XIX^e siècle allait les reconquérir étape par étape; et il nous sera facile de montrer, en laissant parler les faits, c'est-à-dire les lois et la jurisprudence, que l'on tend à revenir, après un siècle, au point où s'était élevé d'un seul bond le législateur de l'époque de la Révolution...

» Sans doute l'obligation d'existence existe toujours, mais tempérée par le recours à la justice, qui est admis par les tribunaux... »

L'auteur parle de la chimérique illusion d'arrêter le mouvement social, en criant à l'affaiblissement de la famille.

II. — BAUDRY-LACANTINERIE ET HOUQUES-FOURCADE (1).

Le tome III du *Traité* consacré aux personnes dans le chapitre V (p. 664) parle des effets du mariage. Ce *Traité* est l'œuvre de Houques-Fourcade. Mais l'ouvrage de Baudry-Lacantinerie lui-même (12^e éd., continuée par P. Binet, 1919, t. I), consacre les mêmes solutions sur notre sujet.

Des droits et des devoirs communs aux deux époux :

1^o *Devoir de fidélité.* — L'auteur s'élève contre l'indulgence excessive qu'on accorde en général au mari.

« Ceux qui ont de la morale une notion plus rigoureuse, et qui se font du mariage une conception plus élevée, ne sauraient trouver mauvais que la loi civile, faisant abstraction des conséquences possibles de leur infidélité, ait conféré aux époux des droits réellement égaux, et qu'elle ait ainsi devancé l'esprit public en donnant aux susceptibilités de la femme, d'autant plus légitimes qu'elle est, elle, froissée dans son affection plus encore que dans son amour-propre, les mêmes satisfactions qu'elle a accordées à celles du mari. »

(1) *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e éd. Librairie de la Société du Recueil Sirey et du Journal du Palais, 1908.

2° *Devoir d'assistance*. — Le manquement grave à ce devoir ne peut avoir comme sanction que le divorce ou la séparation de corps.

3° *Devoir de secours*. — Il s'exécute sous sa forme normale par la contribution aux charges du ménage, lors de la vie commune, même si le mari est frappé d'interdiction.

Si l'un des époux refuse, l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 vient l'y contraindre.

Au cas de séparation de corps, il y a lieu à une pension. Mais s'il y a simple séparation de fait, à toute époque, chaque époux peut se refuser à payer la pension, quelles qu'aient été les dispositions antérieures.

Si l'époux a quitté volontairement le domicile conjugal, il ne peut pas exiger de pension si son conjoint lui propose de le recevoir. Mais l'auteur estime que l'époux qui a fui le domicile conjugal à la suite de mauvais traitements ou parce qu'on ne lui y faisait pas une situation suffisante, a droit à une pension. C'est une question de fait pour le juge.

Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux. — « Assujettis exactement aux mêmes devoirs de fidélité, de secours et d'assistance, les deux sexes doivent-ils, sous les autres rapports, être pareillement placés sur un pied de parfaite égalité dans le mariage ? Peu de questions législatives sont aussi délicates, car s'il ne faut point, au nom d'une prétendue inégalité physique, intellectuelle ou morale, faire de l'un des époux, ainsi que le qualifiait Pothier, le

supérieur de l'autre, et priver le ménage, par la plus hasardeuse des subordinations, d'une influence qui pouvait lui être salutaire, on doit craindre aussi d'en compromettre l'unité de direction en y laissant aux prises deux autorités rivales.

» Certes, au point de vue idéal, il serait à désirer que l'homme pût abdiquer le pouvoir que les circonstances historiques lui ont jusqu'ici conféré. La nécessité de la protection proprement dite d'un être physiquement plus faible que lui disparaît presque dans les sociétés vouées aux œuvres pacifiques. A mesure que la femme est appelée à participer davantage à ces œuvres, son rôle grandit dans la famille, alors qu'il était nul aux époques de conquête; et il grandit avec les capacités mêmes qu'une participation de plus en plus active développe en sa personne. En forçant l'accès des différentes professions qui lui étaient autrefois fermées, elle se fait reconnaître successivement toutes les aptitudes naturelles ou acquises, qu'on lui déniait alors qu'elle était en tutelle. Chaque nouvelle affirmation de sa personnalité dans le champ économique, et même parfois dans la sphère politique, donne plus de poids à ses réclamations pour concourir à la direction de la famille. Alors que l'instruction et la pratique des affaires la rapprochent de jour en jour davantage de l'homme, et que souvent elle le dépasse par l'intelligence, l'habileté et la finesse, il lui paraît plus difficile d'accepter sans impatience le rôle subordonné que la loi lui laisse sentir ouvertement, et la dispenserait de se dissimu-

ler. D'autre part, en faisant des conjoints deux égaux, elle rendrait plus complète et plus intime la pénétration réciproque de leurs existences, car, sous le régime de l'inégalité, le pouvoir du mari risque, même à son insu, de devenir égoïste ou despotique, et la subordination de la femme d'en faire tantôt une véritable sujette, tantôt une révoltée.

» Mais, quoi qu'on pense en théorie de cette thèse, il faut bien en voir les conséquences en législation. « Le droit de déterminer le lieu où réside la famille, » constate un des auteurs qui lui sont favorables, le » pied sur lequel on doit vivre, la manière dont la » vie journalière doit être organisée, et l'autorité sur » les enfants, sont toutes choses exigeant une solution, et finalement, pour cette raison, devant dépendre d'un même individu. » D'un autre côté, il y a beaucoup d'autres décisions à prendre, relativement à des actes d'administration ou de disposition, à l'exercice d'une profession, en un mot à toutes les actions qui constituent la vie d'un ménage. Or, comment cette vie sera-t-elle réglée ? On n'aperçoit à cet égard que deux systèmes possibles :

» Ou bien, comme le propose Stuart Mill, une seule personnalité doit résoudre ces difficultés, mais il ne s'ensuit pas pour cela que cette personnalité doive toujours être la même. La manière naturelle d'organiser les choses est le partage du pouvoir entre les deux parties en ce que chacune d'elles conserve la direction absolue de ce qui la concerne, et que tout changement de système ou de principe exige le con-

sentement de l'une et de l'autre. Mais, sous prétexte d'égalité, ce principe risquerait d'introduire l'anarchie dans la famille; sous couleur d'accroître la communauté d'existence, de faire de chaque époux son propre maître, en tant qu'il serait libre d'agir à sa guise; et, à l'inverse, tout en poursuivant l'émancipation de l'un d'eux, de les rendre étroitement dépendants l'un de l'autre, en tant que certains actes exigeraient leur mutuel consentement. Enfin, dans la même mesure, lorsqu'une des volontés serait obstinément rebelle, la famille serait condamnée à l'inaction, au *statu quo*, au piétinement.

» Ou bien ce serait alors au magistrat à départager ces volontés rivales. Mais la bonne harmonie de l'union conjugale ne saurait s'accommoder de ces décisions judiciaires, qui aggraveraient les conflits qu'elles trancheraient, par cela même qu'elles les rendraient publics et qu'on ferait intervenir un pouvoir étranger à la famille, seule compétente, au reste, pour les résoudre.

» Sans asservir l'un des conjoints à l'autre, au nom du droit du plus fort, et tout en les appelant à délibérer en commun sur leurs intérêts moraux ou pécuniaires, on peut donc comprendre que la loi ait placé dans les mains de l'un d'eux les rênes du gouvernement, et assuré la prépondérance de sa volonté. Cette magistrature domestique vaut bien, semble-t-il, celle que M. Laurent aurait voulu lui substituer, au risque de ruiner la paix du ménage. Et, du moment qu'on en admettait le principe, on ne pouvait qu'aban-

donner aux époux la liberté de l'organiser à leur fantaisie et d'en investir tantôt la femme et tantôt le mari, ni dessaisir légalement ce dernier, au profit de son épouse, d'un rôle pour lequel son habitude des affaires l'a toujours, jusqu'ici, désigné naturellement. L'expérience a trouvé d'ailleurs que la suprématie légale n'assurait point nécessairement à l'homme la domination de fait, et que le sexe subordonné n'était pas incapable, non seulement de se protéger avec succès contre les abus de pouvoir de l'autre, mais encore d'exercer sur lui sa légitime influence. Et enfin, la femme trouve dans le recours aux tribunaux, qui lui reste toujours ouvert, une suprême ressource, sinon, comme on l'a demandé, un moyen normal de faire prévaloir sa volonté sur celle du mari.

» Il n'est donc point démontré qu'en consacrant le principe de l'autorité maritale, le Code civil ait compromis l'avenir du mariage et de la famille, et qu'en le répudiant, comme beaucoup l'ont fait, les lois modernes n'aient pas introduit dans celle-ci un germe de discorde et de désunion. Mais autre chose est d'accepter le principe, et autre chose d'approuver toute la mesure dans laquelle il a été appliqué par le Code civil; notamment en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée, qui en est une des plus importantes applications.

» Il est certain, au contraire, que cette inégalité, telle qu'il l'avait organisée, est beaucoup trop étendue. En la réduisant aux actes les plus importants

de la vie civile..., en laissant d'autre part à l'activité économique de la femme un domaine où elle pourrait librement se mouvoir (disposition de ses gains)..., il fallait lui permettre à la fois de faire l'apprentissage de l'indépendance et d'assurer son sort par ses propres forces, sans avoir à compter avec les caprices ou les vices du mari... Aussi bien, l'évolution sociale et économique est-elle venue dicter à la loi une série de dispositions, qui ont commencé à consommer l'affranchissement de la femme mariée, dans ce qu'il a de raisonnable et de compatible avec les intérêts généraux de la famille, et accorder au mouvement féministe les satisfactions qu'il était impossible de lui refuser davantage, comme le prouve assez l'aide précieuse qu'il a trouvée parmi les jurisconsultes eux-mêmes. »

De la situation respective des époux dans le mariage (p. 700). — Le devoir de protection est assez difficile à préciser.

Le devoir d'obéissance donne au mari le droit de surveiller les relations et la correspondance de sa femme, mais non de l'empêcher de pratiquer sa religion. D'ailleurs, au cas d'abus du mari, la femme a le droit de recourir aux tribunaux.

Du devoir de cohabitation. — Baudry-Lacantinerie admet que la femme est obligée de suivre son mari à l'étranger, sauf si ce déplacement doit mettre vraiment ses jours en danger. Le devoir de cohabitation cesse également si le mari fait subir à sa femme de mauvais traitements.

Quelle est la sanction ? La loi ne l'a pas dit, et doctrine et jurisprudence ont quelque peine encore à le préciser. Baudry-Lacantinerie trouve que l'opinion de Boulay au Conseil d'Etat, selon laquelle toutes ces difficultés doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances, n'est qu'une opinion individuelle. Il trouve que c'est trop étendre les pouvoirs des magistrats que de leur accorder le droit de décider quels moyens employer.

Le seul procédé incontestable est le refus d'aliment. Baudry - Lacantinerie repousse la saisie des revenus de la femme, car aucun texte n'accorde au juge le pouvoir d'en décider. De même, il interdit au mari les actes de dilapidation et lui refuse le droit de demander la déchéance de sa femme au point de vue de ses avantages matrimoniaux. Il repousse également les dommages-intérêts comme moyens de coercition, car *nulla poena, sine lege*.

Il incline à adopter la négative pour l'emploi de la force publique; non pas qu'il juge ce moyen illégal comme étant une contrainte par corps, car il ne voit rien de commun entre la contrainte par corps et notre cas, ni comme attentatoire à la liberté individuelle, mais pour les raisons suivantes :

« La vérité nous paraît être que la contrainte personnelle n'est pas propre à procurer l'exécution du devoir de cohabitation et, partant, qu'il n'a pas été dans l'esprit de la loi d'en autoriser l'usage. C'est que l'accomplissement des engagements de cette na-

ture dépend, en définitive, quoi qu'on fasse, de la bonne volonté de ceux qui les ont pris. Il n'y a donc pas à rechercher les moyens de les leur faire tenir par force. Lorsque l'un des époux est réellement décidé à ne plus reprendre la vie commune, il n'est au pouvoir de personne, pas plus de l'autorité que de son conjoint, de l'y contraindre. Si ce dernier ne se résigne pas à cette situation, il n'a plus qu'à se prévaloir de cet abandon pour faire rompre ou relâcher un lien déjà si faible. »

L'auteur s'élève contre l'opinion qui interdirait à la femme d'user pareillement de la force publique vis-à-vis de son mari récalcitrant.

Il veut, si on admet la légalité de ces diverses mesures, que l'emploi de la force publique soit subordonné à l'autorisation préalable de la justice et à une mise en demeure par voie de référé en général.

Fondement de l'incapacité de la femme mariée (p. 716). — « Elle procède de l'obligation où l'on semble être, malgré l'égalité respective des droits des époux, de reconnaître à l'un d'eux une certaine prépondérance, pour prévenir l'antagonisme où l'indépendance de volontés égales, susceptibles par leur désaccord, comme par des résolutions unilatérales, de compromettre gravement les intérêts collectifs du ménage. »

III. — AMBROISE COLIN, H. CAPITANT,
JULIOT DE LA MORANDIÈRE (1).

Ces auteurs traitent des articles 212 à 214 d'une façon tout à fait impersonnelle si on les compare à Demolombe et aux premiers commentateurs. Cependant, leur opinion intime perce dans les paroles suivantes, que nous avons relevées :

Effets de la puissance maritale sur la personne de la femme mariée (p. 638). — « Ici plus qu'en toute autre matière, la loi est tempérée par les mœurs. On a dit avec raison, en parlant de la disposition de l'article 213, qu'il n'y en a pas peut-être dans tout le Code qui soit plus mal appliquée. De fait, les femmes mariées jouissent dans la société française, notwithstanding la rigueur des textes, d'une liberté d'allures et de conduite presque illimitée. Les tenailles qui les compriment ne sont pas bien rigides. Et leur indépendance, ainsi que leur influence sociale, sont assurément plus grandes dans notre pays qu'en Allemagne, quoique le Code civil allemand se montre dans sa lettre beaucoup plus libéral. »

En ce qui concerne l'habitation de la femme chez le mari, parmi les sanctions, l'auteur admet les dommages-intérêts, mais non les astreintes.

« Du moment que les époux en sont parvenus à ce point de mésintelligence que la communauté de domicile doit être imposée à l'un d'eux, qui n'en veut plus, sur la poursuite de l'autre, le lien conjugal est si

(1) *Cours élémentaire de Droit civil français*, 8^e éd., 1934.

profondément atteint que le divorce ou la séparation paraissent inévitables. Et telle est bien, croyons-nous, la seule sanction pratique de l'article 214. »

Pour les droits du mari sur les correspondances de sa femme, Colin et Capitant admettent des limitations à ce droit, limitations dues à l'abus, à la séparation de corps, à la profession de la femme.

Ces auteurs croient que la règle d'après laquelle la femme prend le nom du mari et celle qui veut qu'elle suive son mari où il lui plaît d'habiter pourraient survivre à la disparition de la puissance maritale. Pourquoi ? Quant au nom, parce que cet usage est une nécessité sociale, le nom du mari étant la « firme extérieure » par laquelle le ménage sera désigné. Quant au domicile, parce que le domicile du mari est normalement le centre des affaires du ménage.

Mais le point que Colin et Capitant étudient avec le plus d'attention, c'est l'incapacité de la femme mariée, règle vieillie qui est en contradiction avec nos mœurs.

« Cette règle, disent-ils, devrait disparaître, ou être affaire de droit conventionnel. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un chef dans une association, « ce n'est » pas la subordination, mais l'égalité qui est la » règle ». Pour les actes qui sont de nature à compromettre la dignité du ménage, il faudrait exiger l'accord des deux conjoints. »

IV. — MARCEL PLANIOL ET GEORGES RIPERT (1).

C'est au chapitre IX (p. 322, t. I), que ces auteurs traitent des effets du mariage. Ils analysent les divers devoirs des époux et les sanctions qui en ont été proposées.

Au sujet de la force publique contre la femme fugitive, ils écrivent :

« Quelques auteurs ont soulevé des objections. Leur principal argument est que l'emploi de la force est impuissant, car il ne peut se prolonger; le mari mettra de nouveau sa femme à la porte, ou celle-ci s'enfuira de la maison dans laquelle son mari n'a pas le droit de la séquestrer. C'est mal poser la question; il ne s'agit pas de savoir si le moyen est efficace, mais s'il est légitime. Rien dans la loi ne le prohibe; il s'appuie sur une tradition déjà longue : il procure au moins un commencement d'exécution, et il est possible que la seule menace de la force suffise à décider chaque époux à faire son devoir. Laurent lui-même estime que l'emploi de la force n'est pas contraire à la liberté : « Car l'époux est obligé; c'est » lui-même qui s'est privé de sa liberté en se mariant. » Du reste, on reconnaît qu'il y a « devoir »; la liberté n'a jamais consisté dans la violation d'un devoir.

» Les mêmes auteurs, qui condamnent l'emploi de la force, critiquent encore ce moyen, en disant que le mari ne peut saisir, parce qu'il n'est pas créancier

(1) *Traité de Droit civil*, 12^e éd., 1932.

(il s'agit de la saisie des revenus). Mais on peut répondre qu'il y a ici moins une saisie qu'une sorte de séquestre analogue à celui qui se pratique sur les biens d'un criminel en état de contumace. On objectera que le texte manque pour autoriser ce moyen de contrainte; mais il y a nécessité d'assurer, dans la mesure du possible, l'exécution d'une obligation légale, et la jurisprudence établie sur ce point a la valeur d'un droit coutumier. Ce moyen lui-même peut être insuffisant si la femme trouve asile chez un parent ou chez un ami; contre le tiers qui a recueilli sa femme chez lui, le mari ne peut rien. Plusieurs décisions judiciaires ont alors appliqué à la femme le système des astreintes, en prononçant contre elle des dommages-intérêts, à raison de tant par jour de retard. Quelques auteurs récents contestent la légitimité de ce procédé, en prétendant que les dommages-intérêts ne peuvent sanctionner que les droits de créance et non les droits de puissance. On peut leur faire une double réponse : 1° la condamnation à des dommages-intérêts est possible contre le mari qui refuse de recevoir sa femme; il est naturel que le devoir de cohabitation ait une sanction identique au profit du mari; 2° les dommages-intérêts peuvent être accordés même à raison d'un préjudice moral, comme le prouvent les satisfactions pécuniaires accordées en cas d'injures et de diffamation. »

Au sujet du devoir de fidélité, Planiol et Ripert sont partisans d'une peine plus grave pour la femme adultère. Ils donnent les raisons suivantes :

« Cette inégalité dans la répression a soulevé de vives critiques. « On voit bien, disent souvent les » femmes, que les lois sont faites par les hommes. » Il est pourtant facile de justifier cette différence. L'adultère de la femme peut produire des conséquences morales et matérielles beaucoup plus dangereuses que l'adultère du mari. Quand le mari a une maîtresse, les enfants qu'il en a n'entrent pas dans la famille; ils restent des étrangers pour la femme. Quand la femme a un amant, si elle a des enfants, ils seront des enfants légitimes de son mari. Celui-ci a bien l'action en désaveu, mais souvent les preuves lui manqueront pour chasser de sa famille ces enfants qui ne sont pas les siens. C'est là un danger extrêmement grave, qui n'atteint pas seulement le mari trompé; l'adultère de la femme compromet la base sur laquelle repose la famille légitime : la présomption de paternité du mari. Il y a donc délit social. Or, la peine est prononcée au nom de la société. Si la faute de l'époux coupable est toujours égale au point de vue privé, elle ne l'est pas au point de vue de l'intérêt général. »

Le Code n'a même pas prononcé le nom de la puissance maritale en réglant les effets du mariage; il ne l'a nommée qu'une seule fois, au titre *Du contrat de mariage*, pour défendre d'y porter atteinte : « Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme. » (Art. 1388.) Si le mot ne se trouve pas dans les articles relatifs au mariage, la chose y est pourtant. C'est

d'elle qu'il est question dans l'article 213 : « Le mari » doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari. » La puissance maritale est présentée ainsi sous son double aspect historique : à la fois devoir de protection pour le mari, et état de subordination pour la femme. Pour en maintenir le principe, un pareil texte suffit; mais, comme organisation, il est loin d'être satisfaisant. Cette lacune n'est comblée qu'en partie par quelques textes épars dans le Code, et qui appliquent ou déterminent quelques-uns des effets ou des conséquences de la puissance maritale. »

Enfin, terminons par cette intéressante appréciation sur la puissance maritale :

« Malgré la force de résistance des traditions, la puissance maritale est en décadence. Déjà, en Italie, le Code de 1865 l'a fort amoindrie. Il dit bien, dans l'article 31, que le mari est le chef de la famille (*capo della famiglia*), que la femme prend sa condition et son nom, et qu'elle est obligée de le suivre partout où il juge utile de fixer sa résidence, mais il ne parle plus de devoir général d'obéissance. En Belgique, Laurent proposait hardiment de la supprimer, et d'établir l'égalité des époux et l'indépendance de la femme (*Avant-projet de révision du Code civil*, t. I, p. 424 et s.). En France même, ces idées gagnent de jour en jour du terrain. Nous n'acceptons plus les yeux fermés les affirmations de Portalis ou de Pothier quand ils nous disent que la prépondérance du mari et l'asservissement de la femme sont de Droit natu-

rel. « Le mariage est l'union des âmes, disait le premier consul; nous le concevons comme une association de deux êtres égaux, qui ne peut se maintenir que par leur bonne harmonie. Or, le mariage paraît n'avoir été pour Napoléon que la possession légale, corps et âme, d'une femme par un homme. Peut-être y aurait-il un juste milieu à observer entre cette espèce d'autorité brutale, telle que la comprenait Napoléon, et la suppression absolue de toute prépondérance du mari. Le mouvement du « féminisme » contemporain pousse à une réforme radicale, qui ferait disparaître le mariage lui-même, ou tout au moins le ferait tomber à l'état d'union libre, comme l'était le mariage antique, quand le christianisme l'emporta dans un mouvement de réaction irrésistible. »

§ IV. — Observations critiques.

Après cette longue et, croyons-nous, assez complète revue des opinions émises sur les articles 212 à 214 par la doctrine du xix^e siècle et du début du xx^e siècle, nous sommes en mesure de porter notre jugement sur l'évolution des idées en la matière. Parmi les juristes contemporains, Colin et Capitant nous paraissent être ceux qui font le plus de concessions aux doctrines féministes. Ils forment l'avant-garde des auteurs de Droit civil. Planiol et Ripert, eux, restent plus attachés au sens traditionnel des articles 212, 213 et 214.

Mais, d'une manière générale, il nous paraît indéniable qu'un mouvement pour plus d'indépendance

féminine au sein du mariage s'est produit chez les juristes depuis la promulgation du Code civil. Il faut le remarquer, car les juristes sont en général d'austères gardiens de la tradition, et le fait que les doctrines féministes aient pénétré dans un domaine aussi fermé est un témoignage de l'importance et de l'ampleur d'un mouvement dont les effets se font surtout sentir jusqu'à présent dans l'ordre moral, intellectuel, économique. Les idées féministes prendront-elles assez de force pour bouleverser les règles qui régissent la constitution familiale depuis des siècles ? Les articles 212 à 214, aboutissement des vieilles coutumes françaises, formées elles-mêmes en partie du Droit romain, tomberont-ils sous la poussée féministe, après avoir traversé la tourmente révolutionnaire ? Seul l'avenir nous le dira.

Mais pour l'instant nous constatons chaque jour qu'un plus grand nombre de juristes se laisse gagner par les théories nouvelles. Certes, les adhésions restent fragmentaires. Mais quel chemin parcouru depuis Demolombe, qui fondait l'existence de la famille sur la discipline, et n'était pas loin d'accorder au mari un droit de correction ! Toutes les évolutions, surtout en une matière qui touche de si près aux mœurs, ne sont pas continues et rapides. Sur notre sujet, on peut la comparer à une courbe très hachée, mais dont la ligne générale s'élève lentement.

Nous croyons pouvoir affirmer que les idées de la doctrine française sur les droits et les devoirs respectifs des époux ont subi ce processus ascendant.

CHAPITRE III

L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DANS L'INTERPRETATION DES ARTICLES 212 A 214

Considérations générales.

Seule l'étude de la jurisprudence pourra nous permettre d'apprécier la portée actuelle des articles 212, 213, 214. En effet, si la soumission de la femme, envisagée au point de vue de l'incapacité juridique, a été beaucoup étudiée, sa dépendance personnelle a été, nous l'avons vu, brièvement traitée par les auteurs de Droit civil. Et si cependant de nombreux travaux sont consacrés à ce sujet, ils sont plutôt en dehors du domaine juridique. C'est dans la pratique, dans les décisions des tribunaux, qu'il faut chercher comment et dans quelle mesure sont appliqués les articles 212, 213, 214. Ainsi seulement nous pourrions nous faire une idée exacte, car si nous nous en rapportons uniquement à l'opinion doctrinale, nos conclusions sur la portée pratique des articles 212, 213, 214, pourraient être erronées, et nous risquerions d'attribuer à la puissance maritale une rigueur qu'elle n'a certes pas dans la vie courante.

Insistons aussi sur une remarque à laquelle nous attachons la plus grande importance. C'est qu'il est difficile, même par une étude très approfondie des

arrêts, d'arriver à se faire de la puissance maritale et des rapports personnels des époux une conception correspondant à la stricte réalité. L'examen des décisions jurisprudentielles est notre seul moyen d'enquête, ou tout au moins un des meilleurs. Et, dans le domaine juridique, il nous suffit. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'ainsi nous n'arrivons à connaître que les tares de l'institution. Seuls les ménages désunis ont recours aux tribunaux. C'est le remède suprême aux mésententes conjugales. Mais combien d'autres échappent à nos investigations. Soit parce qu'ils répugnent à étaler ainsi devant tous leurs dissentiments intimes, soit parce qu'ils ne jugent pas leurs querelles assez graves pour un tel remède, l'étude de la jurisprudence ne nous met pas à même d'apprécier les troubles de tous les ménages français. Les plus graves échappent peut-être à nos investigations. Et restent aussi dans l'ombre les ménages heureux et sans histoire. Nous comparons, pour le sujet qui nous occupe, la lecture des décisions jurisprudentielles à celle d'un livre de médecine : comme l'étude de ce dernier nous apprend à connaître le corps humain et ses imperfections, de même l'étude de la jurisprudence ne nous permet d'apprécier que les maladies relatives à l'institution du mariage. Mais alors que la médecine cherche à guérir, peut-on dire que l'examen de la jurisprudence facilite l'aboutissement des réformes concernant les articles 212 à 214 ?

Nous allons consacrer trois sections à l'étude jurisprudentielle de chacun des trois articles 212, 213, 214

SECTION PREMIERE

INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE 212

L'article 212 s'énonce ainsi : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. »

C'est cet article que les auteurs du Droit civil entendent étudier lorsqu'ils parlent des droits et des devoirs respectifs ou communs aux époux.

Les droits et les devoirs spéciaux concernent les articles 213, 214.

Comment la jurisprudence interprète-t-elle l'article 212 ?

§ I. — Devoir de fidélité.

1° Ce devoir, d'après l'article 212, existe aussi bien pour l'homme que pour la femme. Son oubli constitue pour l'un comme pour l'autre l'adultère. Mais l'égalité des époux n'est ici qu'apparente. Elle disparaît lorsqu'il s'agit de la répression pénale. Et il faut reconnaître que, devant l'opinion, c'est un fait que l'oubli de ce devoir est généralement considéré comme moins grave lorsqu'il s'agit de l'homme que de la femme. Nous trouvons exprimé dans J.-J. Rousseau (*Emile*, t. III, liv. V, éd. de Genève, p. 292) cette opinion sur l'inégalité des obligations des époux : « ... sans doute il n'est permis à personne de violer sa foi, et tout mari infidèle qui prive sa femme du seul prix des austères devoirs de son sexe est un homme injuste et barbare : mais la femme infidèle fait plus ; elle dissout la famille et brise tous les liens de la

nature des enfants qui ne sont pas à lui; elle trahit les uns et les autres; elle joint la perfidie à l'infidélité... Soutenir vaguement que les deux sexes sont égaux et que leurs devoirs sont les mêmes, c'est se perdre en déclamations vaines... »

Montesquieu, dans *L'esprit des lois* (liv. XXVI, chap. viii), soutient la même thèse : « Les lois ont demandé des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent pas des hommes, parce que... la nature a marqué l'infidélité des femmes par des signes certains, et que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari, au lieu que les enfants adultérins de l'homme ne sont pas à la femme ni à la charge du mari... » C'est bien là encore de nos jours l'opinion trop courante; et si nous examinons la question en droit, il apparaît bien qu'il existe entre l'oubli du devoir de fidélité par l'homme et l'oubli de ce même devoir par la femme une différence au profit du mari. Comment les tribunaux assurent-ils l'exécution du devoir de fidélité, ou tout au moins comment punissent-ils les manquements à ce devoir ? Trois sortes de sanctions sont à envisager : la répression pénale, des articles 337, 338, 339 du Code pénal, les dommages-intérêts, la séparation de corps ou le divorce.

2° RÉPRESSION PÉNALE DE L'ADULTÈRE. — Avant le vote de la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce, les sanctions pénales du devoir de fidélité étaient insérées au Code civil, art. 298-307. Ces articles ordon-

naient la réclusion de la femme coupable dans une maison de correction, pour trois mois au moins, deux ans au plus. Cette sanction ne s'appliquait pas à l'homme infidèle. Depuis 1884, ces dispositions ont été extraites du Code civil, et c'est dans les articles 337, 338 et 339 du Code pénal qu'il faut chercher la répression du délit d'adultère.

On peut aisément faire ressortir la sévérité plus grande de la répression pénale lorsqu'il s'agit de l'adultère de la femme.

Les articles 336 et 337 du Code pénal punissent l'adultère de la femme quel que soit le lieu où a été commis le délit. Pour le mari, il faut qu'il ait entretenu une concubine dans la maison conjugale. La séparation de corps, judiciairement prononcée, en mettant fin à la cohabitation de la femme au domicile conjugal, s'oppose à ce que le mari soit poursuivi, conformément à l'article 339 du Code pénal (Trib. corr. de Lille, 26 mars 1904, D. P., 1904. 2. 272).

La femme infidèle est plus sévèrement punie que le mari. Pour la femme, la peine est de trois mois au moins, deux ans au plus, d'emprisonnement. Pour le mari, la peine est seulement d'une amende de 100 à 2.000 francs. La loi pénale atteint le complice de la femme adultère, et prévoit pour lui un emprisonnement de trois mois à deux ans et une amende de 100 à 2.000 francs. En cas d'adultère du mari, sa complice n'est pas punissable. Les moyens de preuve sont différents en ce qui concerne la femme et son complice et en ce qui concerne le mari. En dehors

du flagrant délit, l'article 338 du Code pénal admet contre la femme et son complice « les preuves résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu ». Ce mode de preuve n'est pas accepté par l'article 339 du Code pénal contre le mari, dont la complice, nous l'avons dit, n'est pas punissable.

Le mari a, à l'égard de sa femme, un droit de grâce que lui donne l'article 337 du Code pénal dans son dernier alinéa : « Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. » La femme a-t-elle le même droit à l'égard de son mari infidèle ? Non, si on interprète littéralement l'article 339. Mais nous allons voir que sur ce point la jurisprudence n'est pas constante. Enfin, l'article 324 du Code pénal accepte au bénéfice du mari l'excuse légale, dans le cas d'adultère, du meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale. Même excuse n'existe pas pour la femme meurtrière.

On voit, par ce rappel du contenu des articles 336, 337, 338, 339, 324, du Code pénal, à quel point la loi est plus sévère pour la femme coupable que pour le mari infidèle, et combien les sanctions sont plus graves pour elle.

Mais dans quelle mesure les tribunaux appliquent-ils ces articles ? Le font-ils avec rigueur, ou bien au contraire cherchent-ils à adoucir la situation inférieure faite à la femme ?

Depuis la loi de 1884 sur le divorce, les arrêts rela-

tifs à l'adultère tendant tous à l'obtention de celui-ci.

Il n'est pas d'exemple, à notre connaissance, de procès relatifs à l'internement de la femme, ou ils sont bien rares.

On trouve cependant des décisions intéressantes au sujet du droit de grâce accordé au mari. La femme a-t-elle le même vis-à-vis de l'époux coupable ? La jurisprudence n'est pas constante.

Bien des arrêts ont accordé au mari le droit de se désister de sa plainte une fois le procès commencé (Cass. crim., 7 août 1823, *Recueil*, 42, 17 août 1827; 30 juill. 1885, D. P., 86. 1. 428; Douai, 2 juin 1897, D. P., 98. 2. 63).

Ici il n'y a aucune hésitation.

Mais on a contesté à la femme la faculté de mettre fin par un désistement à la poursuite commencée sur sa plainte contre le mari (Paris, 12 mars 1858, D. P., 92. 2. 45).

Il semble qu'actuellement l'opinion contraire ait définitivement prévalu (Paris, 11 avril 1850, D. P., 50. 5. 17; Orléans, 17 mars 1891, D. P., 92. 2. 272; Alger, 20 nov. 1891, D. P., 92. 2. 45).

La jurisprudence semble fixée en ce sens depuis un arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1912 (D., 1912. 5. 1), d'après lequel :

« La règle qui permet au mari, en cas d'adultère de la femme, d'arrêter les poursuites par un retrait de plainte doit être étendue à la femme, partie civile, dans une information suivie contre son mari sous

la prévention d'entretien de concubine dans la maison conjugale. »

3° DOMMAGES-INTÉRÊTS. — Une indemnité pécuniaire est-elle susceptible de venir réparer, ou tout au moins atténuer, l'outrage subi par l'époux trompé ? Quelle est l'attitude de la jurisprudence à cet égard ?

L'opinion n'est guère favorable à la pratique de ces dommages-intérêts.

M. Loustauneau écrit : « Dans l'état actuel de nos mœurs, il faut bien reconnaître qu'un mari qui chercherait à spéculer sur l'affront qu'il a subi, à se faire pour ainsi dire du déshonneur de sa femme un marchepied pour arriver à l'opulence, serait considéré comme bien peu digne d'intérêts et serait loin de jouir de l'estime générale. » (*Etude sur l'adultère au point de vue pénal, en Droit romain et en Droit français.*)

La jurisprudence, cependant, n'hésite pas à accorder les dommages-intérêts. Nous citerons à cet égard deux arrêts, qui nous semblent résumer toute l'attitude des tribunaux en la matière.

L'un du Tribunal de Besançon (14 mars 1850, D. P., 52. 2. 150) est ainsi conçu : « Attendu qu'il est suffisamment établi par l'enquête que d'intimes relations ont existé entre Ledain et la femme Avis avant la scène du 15 juillet 1847; qu'en effet, il résulte de la déposition des sixième, huitième, douzième et quinzième témoins que tous les jours, à 6 heures du soir, Ledain venait travailler aux écritures d'Avis, et s'en retournait à 7 heures; mais qu'il revenait entre

9 et 10 heures du soir passer la soirée avec la femme Avis, et ne s'en allait qu'à 11 heures ou 11 h. 30; que plusieurs fois Ledain a pris des prétextes pour éloigner la domestique de la femme Avis, ainsi que son apprenti, quinzième témoin; qu'assez souvent, cette femme faisait sortir Ledain par son magasin, et qu'elle-même allait lui en ouvrir la porte; que les relations journalières et prolongées de Ledain à une heure indue, ainsi que les conseils qu'il donnait à cette femme, attestés par le huitième témoin, rapprochés de la scène du 13 juillet, en indiquent suffisamment la nature et le but; — Attendu qu'on ne doit prendre aucun égard aux déclarations de la femme Avis, qui n'aurait pas dû être entendue...; qu'il n'est pas nécessaire de prouver que l'adultère ait été consommé; qu'il suffit que Ledain, en compromettant aussi gravement la réputation de la femme Avis, ait porté préjudice à son mari, pour qu'aux termes de l'article 1383 du Code civil, il soit tenu de le réparer; — Attendu qu'il n'est pas établi qu'un concert frauduleux ait existé entre les mariés Avis pour entraîner et surprendre Ledain en flagrant délit d'adultère; que la scène du 13 juillet n'est pas un fait isolé; que cette scène se lie avec les relations plus que suspectes que Ledain entretenait depuis longtemps avec la femme Avis, relations d'autant plus blâmables que Ledain est chef de famille, et qu'il abusait de la confiance d'Avis; — Attendu que le montant des dommages-intérêts doit être fixé, non pas seulement en raison du préjudice causé, mais

aussi de la fortune des parties; — Par ces motifs, admettant l'appel émis par Pierre-Claude Avis du jugement rendu par le Tribunal civil de Besançon du 9 janvier 1849, réformant ledit jugement, condamne par corps Jean-Melchior Ledain, teneur de livres, intimé dans la cause, à payer à Pierre-Claude Avis 500 francs à titre de dommages-intérêts, ainsi qu'aux intérêts de cette somme à partir de la demande en justice. »

La jurisprudence s'est maintenue en ce sens (Cass. civ., 26 août 1857, D. P., 57. 1. 345; Rouen, 27 févr. 1859, D. P., 59. 5. 18; Cass. crim., 22 sept 1837, *Recueil*, 39; Aix, 7 juin 1882, S., 83. 2. 218, S., 94).

Un arrêt du Tribunal d'Issoudun (19 juill. 1920, *Gaz. Trib.*, 21. 2. 390) en témoigne.

« En ce qui concerne le préjudice moral : Attendu qu'il résulte des dépositions recueillies par le magistrat instructeur que L... a montré à un témoin la photographie qu'il portait sur lui de la dame F... dans un état complet de nudité; qu'il recevait cette même femme à plusieurs reprises et pendant plusieurs jours dans un appartement qu'il avait à Bourges; que, pendant une promenade en automobile et pendant le déjeuner à un hôtel, L... et la dame F... s'embrassaient comme deux amants; que L... savait que la femme en question était mariée à F...; qu'il a commis une faute en agissant comme il l'a fait; que cette conduite a causé un préjudice moral au demandeur, puisqu'il a été blessé dans son honneur, sa considération et sa délicatesse, et qu'il est en droit d'invo-

quer l'article 1382 du Code civil; qu'une réparation lui est due de ce chef, et que le tribunal possède les éléments suffisants pour fixer le montant des dommages-intérêts...; — Par ces motifs, condamne L... à verser à F... une somme de 1.000 francs pour le préjudice moral qui lui a été causé... »

4° AUTRES SANCTIONS. — Tout d'abord, il faut remarquer que, parfois, l'infidélité conjugale peut être excusable. Il faut que les faits reprochés soient postérieurs au mariage. Il n'y a pas cause de divorce parce qu'une femme a eu un amant avant son mariage; par contre, l'abandon du mari pour ce motif est une injure grave (C. d'appel de Riom, 24 mai 1934, D. II., 1934, p. 455). L'adultère d'un des époux peut-il excuser celui de l'autre époux ? Il appartient aux juges d'en décider (Cass. req., 14 mai 1923, *Gaz. Trib.*, 23. 1. 133). Le divorce a été prononcé aux torts réciproques des époux; le mari avait injurié sa femme; celle-ci, pendant que son mari était aux armées, recevait un jeune homme chez elle (Grenoble, 6 nov. 1917), *Gaz. Trib.*, 18. 2. 142).

Mais, de nos jours, la seule sanction pratique du devoir de fidélité paraît bien être le divorce ou la séparation de corps. La cause d'adultère d'un des conjoints est la plus fréquemment invoquée dans les demandes en divorce.

Il est une autre conséquence de l'adultère qui peut être d'un certain poids vis-à-vis de l'époux tenté : l'adultère, dans des cas déterminés, entraîne parfois la révocation des donations faites à l'infidèle.

L'ingratitude est alors facilement démontrable; il y a une nombreuse jurisprudence sur la question. La Cour de cassation n'a pas hésité à déclarer révocable la donation faite par un mari à sa femme beaucoup plus jeune en cas d'adultère de la femme. (Cass. req., 17 octobre 1927, S., 27. 1. 382).

§ II. — Devoir de secours.

Il semblerait que, par l'application de l'article 214, qui oblige la femme à habiter avec le mari et ce dernier à fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état, ce devoir de secours devienne sans objet. L'article 212 ne serait en ce point que le corollaire de l'article 214. En fait, la question est beaucoup plus complexe qu'elle n'apparaît de prime abord. Nous ferons remarquer en premier lieu que l'article 212 engage mutuellement les époux, tandis que l'article 214, en ce qui concerne les besoins de la vie, ne vise que les obligations du mari à l'égard de sa femme. Par conséquent, lorsque la femme est tenue au devoir de secours, c'est en vertu de l'article 212.

1° Quelles sont les applications pratiques du devoir de secours ? Nous n'en voyons guère que dans le cas des séparations de fait. De même, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, c'est en vertu du devoir de secours prescrit par l'article 212 que le mari est tenu de fournir à sa femme ce qui est nécessaire à sa subsistance.

Done, pratiquement, le devoir de secours ne trouve à s'effectuer qu'au cas de mésentente conjugale, et se traduit alors par une pension pécuniaire. C'est dans ce seul cas que les tribunaux ont à intervenir. Si cette obligation ne s'exerce plus en nature, ce qu'ils ne peuvent assurer, les tribunaux la transforment en pension alimentaire.

La jurisprudence est constante en ce sens.

C'est un arrêt de la Cour de Bordeaux du 3 février 1853 (D., 54. 2. 10) qui est à l'origine de cette jurisprudence.

« Attendu qu'il résulte de la correspondance même de la dame Potié qu'elle est animée contre son mari de sentiments malveillants, parvenus à un tel degré d'irritation qu'elle ne peut ni les contenir, ni en modérer l'expression...; — Attendu que, dans cette situation, on ne saurait reprocher au mari d'avoir quitté le domicile conjugal, et qu'il serait déraisonnable et même immoral de lui refuser les aliments dont il a besoin, sous le prétexte qu'il aurait dû former préalablement une demande en séparation de corps; qu'une pareille demande est parfois un droit pour un époux, mais qu'elle n'est jamais un devoir; — Attendu que les époux se doivent mutuellement assistance; que le mari n'a aucune ressource personnelle, et qu'il est parvenu à un âge où il est bien difficile de s'en créer par le travail; que la femme, au contraire, jouit de biens assez considérables; qu'elle doit donc fournir à son mari des aliments proportionnés aux besoins de l'un et à la fortune de l'autre. »

La jurisprudence, d'ailleurs, considère ce devoir de secours comme tout à fait réciproque, et elle n'hésite pas à condamner le mari qui y manque.

« Attendu que, s'il est de doctrine et de jurisprudence constante que la femme mariée qui ne peut obtenir l'exécution des obligations spécifiées par l'article 214 du Code civil est, sans être tenue de faire prononcer la séparation de corps ou le divorce, fondée à contraindre son mari à lui fournir les prestations alimentaires qui lui sont indispensables, il est également manifeste que les décisions judiciaires qui interviennent en pareil cas n'ont qu'un caractère absolument temporaire, et qu'elles doivent, comme devenant sans cause, cesser de plein droit de produire les effets qui y sont attachés dès que prend fin la situation anormale à laquelle elles sont destinées à remédier; que c'est ainsi notamment que, lorsque la vie commune est reprise, les mesures qu'elles ont ordonnées ne correspondant plus à aucune nécessité et se trouvant par conséquent dépourvues désormais de toute base juridique, ne sauraient subsister dans l'avenir, bien qu'elles n'aient pas été expressément rétractées. » (Limoges, 4 avril 1921, *Gaz. Trib.*, 21. 2. 672).

La jurisprudence accorde-t-elle la pension alimentaire compensatoire du devoir de secours dans tous les cas de séparations de fait ? Non. Il faut que l'époux abandonné justifie de son droit au secours sous forme de pension alimentaire.

« Considérant que la jurisprudence admet qu'un

époux peut être tenu, sans qu'il y ait divorce ou séparation de corps, de payer à son conjoint une pension alimentaire; qu'il en est ainsi notamment si la vie commune est interrompue, soit par des circonstances de force majeure, soit par suite de faits imputables à l'époux défendeur à la demande d'aliments, ce qui est bien le cas en l'espèce... » (Paris, 3 févr. 1934, S., 22. 2. 6.)

Le taux de la pension sera calculé d'après la position sociale et les ressources du mari (6 juin 1905, S., 1906. 1. 87).

2° L'attribution d'une pension alimentaire par les tribunaux sur la base de l'article 212 n'est plus aujourd'hui la seule sanction du devoir de secours.

Deux lois extrêmement importantes sont venues assurer l'application de ce devoir.

C'est d'abord la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, qui permet à chaque époux de faire saisir les revenus du travail de l'autre conjoint, dans la mesure où l'exigent les besoins du ménage. Certes, cette loi assure à la femme mariée la libre disposition des produits de son travail. Mais, d'autre part, elle aliène en partie la liberté de chaque conjoint et facilite en quelque sorte la vie pécuniaire du ménage, puisque le mari lui-même ne peut plus dépenser ses gains à son gré.

Enfin, c'est la loi du 7 février 1924 qui réprime le délit d'abandon de famille et qui a créé une nouvelle conséquence pénale à l'inobservation de l'article 212 et de la loi du 13 juillet 1907. Cette loi est d'une

portée pratique bien plus grande encore que celle du 13 juillet 1907 et les tribunaux ont chaque jour à en faire l'appréciation.

« Attendu... qu'il convient d'apprécier le fondement juridique du moyen soulevé et le champ d'application de la loi du 7 février 1924; que cette loi, dite de l'abandon de famille, sanctionne d'une peine correctionnelle l'inexécution par le conjoint condamné civilement de l'obligation de payer la pension au conjoint qui en bénéficie, et ce, après trois mois d'inexécution; que les obligations que cette loi sanctionne ont leur origine dans les articles 203, 212, 214, du Code civil au titre des obligations qui naissent du mariage et pendant sa durée et dont l'obligation alimentaire est au tout premier rang... »
(Paris, 10 mars 1926, D. P., 26. 2. 97.)

Comment apprécier cette loi du 7 février 1924 qui a fait de l'abandon de famille et de l'inobservation du devoir de secours un délit pénal ?

Nous ne pouvons mieux faire que de citer à cet effet certains passages d'une thèse récente (1).

L'auteur fait remarquer que de nos jours un courant très net se fait sentir pour la multiplication des délits. La loi du 7 février 1924 est un exemple frappant de cette tendance. Des faits qui autrefois n'étaient passibles que de sanctions civiles sont aujourd'hui susceptibles de peines correctionnelles.

(1) *Les sanctions pénales en matière de divorce*, par Jules Fonrouge, thèse Montpellier, 1934.

« Si en 1890 un époux pouvait mal se conduire à l'égard de son conjoint avec de certaines chances d'impunité, ne pas lui abandonner les enfants, ne pas lui payer la pension et si aujourd'hui, au contraire, il ne peut plus se dérober à l'application des lois, après avoir méprisé les règles morales, c'est parce que le Droit civil a changé de caractère... »

Mais l'auteur conclut en s'opposant à cet appel au Droit pénal pour assurer le respect des obligations qui naissent du mariage, et il écrit :

« L'intervention trop rude du Droit pénal serait une grave erreur; si les chaînes qui enserrant le conjoint coupable après son divorce sont trop puissantes et trop apparentes, le résultat le plus immédiat serait de détourner le public du mariage et de précipiter le triomphe de l'union libre. Ainsi je suis en mesure de soutenir de plus fort la conclusion de la quatrième partie de cet ouvrage : la faute dans le mariage ne peut être un délit pénal; je crois même que l'application de l'article 382 ne doit être faite qu'avec une grande prudence, car cette indemnité, si elle n'a pas encore pour effet de détourner du mariage, doit sûrement effacer toute idée de nouvelle tentative. Par la menace de la sanction pénale, recherchons la sincérité de la procédure, assurons par une sanction pénale modérée l'avenir des enfants, des aliments au conjoint innocent; je crois que l'œuvre du criminaliste doit s'en tenir là et qu'il serait dangereux de vouloir la pousser plus avant. »

§ III. — Devoir d'assistance.

Devoir de secours et devoir d'assistance ne se confondent pas. Le premier, nous l'avons vu, se traduit en pratique par une obligation de donner; le second consiste à apporter des soins directs et personnels au conjoint malade ou infirme. D'après la conception du Code civil français, les maladies incurables ne sont pas une cause de dissolution du mariage. La folie elle-même, considérée dans les projets de Cambacérès, et actuellement encore dans les Codes allemands et suisses, comme une cause de divorce, n'en est plus une en droit français. Au contraire même, elle peut être une excuse à des faits graves qui pourraient être invoqués en vertu de l'article 231 du Code civil si le conjoint a agi sous une impulsion morbide.

« Attendu, en principe, que le devoir de mutuelle assistance est l'un des plus impérieux qu'impose la loi du mariage; que la folie, ni toute autre infirmité même repoussante, ne peuvent être une cause de divorce; que telle est la jurisprudence de la Cour. » (Bordeaux, 27 janv. 1897, D. P., 98. 0. 199.)

La Cour de cassation elle-même s'est prononcée en ce sens :

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que si D... s'est livré sur la personne de sa femme à des actes de violence et lui a adressé des injures qui pourraient être des causes de séparation de corps, ces faits ont été accomplis par lui sous l'empire d'une folie délirante qui en rendait leur auteur totalement

irresponsable. » (Cass. req., 15 mai 1912, D., 12. 1. 303.)

La loi ni la jurisprudence ne reconnaissent pas l'état de maladie d'un des époux comme constituant une cause légitime de rupture du lien conjugal en faveur de l'autre époux. C'est à ce sujet l'article 212 par le devoir d'assistance qu'il impose qui est la garantie, et c'est sur la base de cet article que les tribunaux refusent de prononcer le divorce ou la séparation de corps, même parfois en des cas très graves.

La jurisprudence a eu maintes fois à se prononcer sur la question et elle l'a fait en des termes qui ne laissent aucun doute sur l'importance qu'elle attache au devoir d'assistance.

« Attendu que si la dame D... éprouve de l'éloignement pour son mari et sollicite le divorce, cela tient uniquement à l'état de santé du mari atteint d'une maladie grave présumée incurable; que la loi ne reconnaît pas l'état de maladie d'un des époux comme constituant une cause légitime de rupture du lien conjugal en faveur de l'autre époux. » (Lyon, 20 nov. 1903, D., 1904. 2. 136.)

Le dévouement des époux l'un pour l'autre doit être sans bornes. Même en cas de maladies contagieuses, tout en prenant les mesures de préservation nécessaires, la crainte de contamination ne saurait être admise comme une cause de rupture du lien conjugal et d'oubli du devoir d'assistance imposé par l'article 212 du Code civil. Un arrêt de la Cour

d'appel de Douai, réformant une décision du Tribunal de Cambrai, donne le dernier état de la jurisprudence en la matière et dans des attendus tout à fait affirmatifs. Il s'agit de tuberculose (Douai 28 décembre 1932, S., 33. 2. 108).

Par un jugement du 5 février 1922, le Tribunal de Cambrai avait rejeté comme mal fondée la demande en séparation de corps intentée par un mari contre sa femme qui refusait de reprendre la vie commune sous le prétexte que le conjoint était atteint de tuberculose pulmonaire. Le Tribunal de Cambrai, dans un de ses attendus, disait que « actuellement sous l'impulsion des pouvoirs publics, une lutte ardente à laquelle concourent toutes les bonnes volontés est organisée dans la plupart des nations civilisées contre la tuberculose considérée comme un fléau social; qu'il est donc intempestif et illogique à notre époque d'imposer à la femme mariée, au risque de compromettre sa santé et celle de sa descendance, une cohabitation de tous les instants avec un tuberculeux, alors que le mari peut seul, et sans l'intervention de sa compagne, subvenir à ses besoins et suivre un traitement approprié à son état; que, dans ce cas, en s'absentant momentanément en raison des circonstances, la femme qui ne quitte pas le domicile conjugal sans esprit de retour n'enfreint pas les articles 212 et 213.

» Attendu que, par contre, le mari qui, se sachant atteint de tuberculose, exige que sa femme resté continuellement près de lui dans un milieu contagieux où

sa santé et sa vie sont en danger, transgresse les articles 203 et 213 du Code civil et se rend coupable d'excès envers sa femme puisqu'il l'expose à une maladie grave, même à la mort. »

Sur appel, la Cour de Douai, par un arrêt du 28 décembre 1932, a réformé le jugement du Tribunal de Cambrai, et un des attendus de cet arrêt mérite d'être reproduit :

« ... Attendu que l'attitude de la femme qui se refuse obstinément à reprendre la vie commune avec son mari par ce seul motif que celui-ci serait atteint d'une maladie contagieuse est contraire à l'obligation d'assistance et de secours que lui impose le mariage; qu'il n'appartient pas à la Cour pour un motif de cette nature d'affranchir la dame X... de ses devoirs envers son mari; que l'état de maladie d'un époux ne saurait constituer une cause légitime de rupture du lien conjugal en faveur de l'autre époux; qu'au surplus, la femme est tenue légalement d'habiter avec son mari, et qu'à cet égard la dame X... ne saurait être dispensée de cette obligation légale pour le motif qu'elle invoque;

» Attendu que, dans ces conditions, son attitude particulièrement injurieuse est de nature à justifier la demande en séparation de corps formée contre elle...

» Sur la demande reconventionnelle de la femme : ... Attendu que l'on ne peut dire, comme l'a fait le jugement attaqué, que X..., en exigeant la reprise de la vie commune, quoique incomplètement guéri, ait commis un excès envers sa femme; qu'en agissant

ainsi, X... n'a fait qu'exercer son droit de puissance maritale, notamment en réclamant à sa femme l'assistance à laquelle elle était tenue envers lui;

» Attendu que s'il n'était pas complètement guéri, elle se trouvait dans l'obligation de le soigner, en prenant toutes les précautions nécessaires, s'il y avait lieu, et qu'on ne saurait admettre qu'une épouse abandonne son mari sous prétexte que celui-ci, malade, pourrait mettre sa vie en danger... »

Et M. Josserand, dans une note interprétative, donne l'avis suivant : « ... si on admet que, comme dans la loi allemande et la loi suisse, la démence doit devenir, au moins dans certaines conditions, une cause de divorce, il n'y a pas de raisons de traiter différemment les autres maladies très graves, telles la tuberculose; et l'on peut s'étonner que le lien conjugal tombe au moment où son maintien serait d'une absolue nécessité pour l'un des époux; peut-être est-ce un vieux préjugé, mais on estime dans notre pays que le devoir d'un époux en cas de maladie de son conjoint est de le soigner plutôt que de l'abandonner. »

Cependant, alors que pour le devoir de secours une sanction pécuniaire est possible pour l'attribution d'une pension réparatrice, comment pourrait-il en être de même pour le devoir d'assistance ? Nous sommes ici dans le domaine de la conscience et rien ne saurait suppléer à une affection défailante.

§ IV. — Réforme de l'article 212.

Les articles 212, 213, 214, ont toujours attiré l'attention des écrivains, moralistes et littérateurs. C'est dans tout l'édifice juridique la partie évidemment la plus accessible et qui se prête le mieux aux discussions littéraires et poétiques. Aussi la réglementation du mariage a-t-elle soulevé, surtout depuis quelques années, d'ardentes controverses.

Une première campagne de presse, menée par MM. Naquet et P.-V. Margueritte dans *l'Echo de Paris*, *le Figaro*, *la Presse*, *la Revue*, et au moyen de la publication de romans tels que les *Deux vies* par les frères Margueritte, tendait à faire l'apologie de la loi de 1884 sur le divorce.

De même, à l'occasion du centenaire du Code civil, ces auteurs s'attachèrent à démontrer les imperfections du Code civil. Ils parlèrent des « lézardes et des éboulis qui apparurent de toutes parts dans la façade du sombre monument malgré le dur ciment romain qui en assemblait les blocs ».

Au premier rang des « lézardes et des éboulis », les réformateurs de 1904 plaçaient l'article 212.

Une grande commission, chargée d'étudier les modifications nécessitées par le vieux Code Napoléon, fut nommée. Elle était composée, en ce qui concerne le mariage, de littérateurs, de romanciers, de poètes, de quelques juristes. On y trouvait Marcel Prévost et surtout l'académicien Paul Hervieu qui, au cours de la cinquième séance du 15 mars 1903, fit la célèbre

proposition suivante sur les modifications à apporter à l'article 212 du Code civil ⁽¹⁾ :

« Je vais émettre une proposition qui semblera, peut-être subversive et dont je comprends toute l'audace. Cependant je dois dire ici toute ma pensée. Je parlerai donc.

» Le mot amour n'est pas inscrit dans le Code civil. Il est, sans nul doute, la base même du mariage, le sentiment qui l'ennoblit.

» Le Code civil est muet. Il me paraît que nous devons indiquer, en donnant place à ce mot, l'obligation pour les époux de s'aimer. »

Mais qu'entendre par le mot « amour » ?

M. Paul Hervieu répond sans embarras :

« Par amour, il faut entendre toutes les manifestations de ce sentiment : tendresse constante, soins dévoués et aussi accomplissement de ce qu'on nomme le « devoir d'époux » ; toutes ces manifestations sont dues à l'autre par chacun des deux époux qui ne saurait y manquer sans faillir. Cela est une question de principe sur laquelle on semble absolument d'accord.

» Quant à la constatation de la réalité du sentiment, elle est possible comme toute autre constatation analogue.

» Ne fait-on pas de fréquentes enquêtes près des amis du ménage, de ses domestiques même, lorsqu'il s'agit d'établir s'il y eut injure ou abandon, si le

(1) Vincent Auriol, *Etude juridique et critique sur la réforme de l'article 213*, thèse 1906.

mari a passé des nuits hors du logis ou si madame, après avoir traité monsieur de bandit ou d'idiot, l'a giflé ? Il ne s'agit pas de contraindre à l'amour des ménages qui se contentent de sentiments plus tièdes et qui, cela n'est pas rare, s'estiment très heureux, élèvent fort bien leurs enfants et vivent dans la paix, quoique l'amour ait fait place à la sollicitude, à l'affectueuse amitié, à la sympathique habitude. Non. Ils ne se plaignent pas. C'est affaire à eux. Mais il faut que l'homme ou la femme « négligé » par son conjoint, victime de sa désertion physique ou morale, puisse invoquer ce cas d'abandon, afin qu'une union soit rompue à laquelle manque désormais l'élément essentiel : l'amour.

» Car enfin la loi religieuse admet la rupture du mariage pour « non-consommation » du mariage et même pour « non-accomplissement de l'acte du mariage. « La loi civile aurait-elle des pudeurs plus » grandes ? Devant les tribunaux, les époux doivent » invoquer l'« injure grave », si l'un des conjoints » a cessé d'accomplir son devoir conjugal, parce que » la nécessité de l'amour n'est pas affirmée dans » l'article du Code. Il y faut remédier très vite et » renoncer donc à cette sorte d'hypocrisie dont la » société contemporaine ne saurait s'accommoder. »

» Il s'agit d'ailleurs d'affirmer un principe. Cette affirmation peut créer des cas nouveaux, des interprétations juridiques nouvelles; il faudra donc, au point de vue légal, l'envisager avec ses diverses conséquences.

» Mais je ne suis pas un homme de loi. Je laisse aux jurisconsultes le soin de définir les modifications que l' « addition du mot « amour » apportera. Je crois nécessaire seulement, quant à moi, d'inscrire comme premier devoir des époux la nécessité de l'amour. »

Après discussion, la Commission adopte pour l'article 212 cette rédaction nouvelle :

« Les époux se doivent mutuellement amour, fidélité, secours, assistance. »

Qu'advint-il de cette proposition de Paul Hervieu ? Rien. Le ridicule la tua. Et il semble bien que, de nos jours, les esprits aient des préoccupations plus graves que celle d'imposer l'amour dans le mariage. Aussi, croyons-nous, le projet de Paul Hervieu n'est pas prêt de renaître, et nous ne verrons pas de si tôt l'obligation d'amour inscrite dans le Code civil.

SECTION II

INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE 213.

« Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. »

Bien que cet article ne prononce pas les mots de puissance maritale, c'est lui qui consacre cette institution et en fait une réalité juridique. Comment la jurisprudence interprète-t-elle cet article 213 ? C'est ce que nous allons voir.

Si nous nous en tenions au sens littéral des termes, la femme serait tenue à une obéissance passive qui

la mettrait sous la dépendance absolue de son mari, situation en tout point semblable à celle que crée vis-à-vis des enfants la puissance paternelle définie par les articles 370 et 373 du Code civil. En fait, nous devons dire que, même à l'origine, le législateur de 1804 n'a pas pensé à donner à l'article 213 une valeur de rigueur limitative absolue; car si nous nous reportons aux travaux préparatoires du Code civil (Fenet, t. IX, p. 72), nous avons vu qu'il y fut déclaré qu'il convenait de laisser une grande part aux mœurs et aux circonstances.

Ici, la jurisprudence n'a pas toujours donné des solutions nettes et précises. Partagée entre son respect des textes, de l'institution de l'autorité maritale et la poussée des tendances féministes qui chaque jour affirment davantage le droit de la femme à plus d'indépendance, elle a hésité et ses décisions sont souvent contradictoires.

Nous allons consacrer un paragraphe spécial à l'étude des deux parties de l'article 213, et sur chaque point nous nous attacherons à montrer l'évolution jurisprudentielle.

§ I. — Le mari doit protection à sa femme.

Qu'entend-on par protection ? C'est d'abord évidemment une protection contre les périls matériels de l'existence. Dans les incendies, les inondations, contre les attaques à main armée, le mari doit, d'après le Code, apporter l'appui de sa force physique. Mais, à notre époque de civilisation avancée,

ces cataclysmes sont tout de même assez rares et ce qu'il faut entendre surtout par le terme protection, c'est que le mari doit être pour sa femme un aide et un guide moral.

Protéger la femme, au sens des rédacteurs du Code civil, c'est avant tout diriger sa faiblesse dans la vie quotidienne et lui éviter les difficultés dont à leur avis elle ne saurait se tirer. C'est la rendre juridiquement incapable et confier à son mari le soin de ses intérêts pécuniaires. L'incapacité de la femme mariée tire pour une grande partie son fondement de ces termes : « Le mari doit protection à sa femme. »

Nous n'avons pas ici à examiner les conséquences de l'incapacité de la femme mariée et ses variations à travers les divers régimes matrimoniaux. Mais il est d'autres effets du devoir de protection dû par le mari. Nous allons les passer en revue et analyser l'attitude de la jurisprudence à leur égard.

1° LE DROIT DU MARI ET LE NOM DE LA FEMME. — En donnant son nom à la femme, le mari affirme en quelque sorte son droit de protection.

Mais, « contrairement à l'opinion vulgaire, le mariage ne fait pas acquérir à la femme le nom du mari. La femme mariée n'a d'autre nom que son nom de famille, son nom de fille, celui qu'elle tient de son père » (Marcel Planiol, n° 390, p. 160). C'est bien sous ce nom qu'elle doit être désignée dans les actes civils et judiciaires, et la première signature qu'elle donne sur l'acte d'état civil aussitôt après la

célébration du mariage porte le nom qu'elle tient de son père et non celui de son mari.

En fait, ce qui n'est pas de droit strict est conforme à l'usage. La femme après le mariage prend le nom de son mari. Elle s'appelle Mme X., et dans le style judiciaire : « X..., femme Y... »

Les modifications apportées aux articles 299 et 311 du Code civil par la loi du 6 février 1893 ont d'ailleurs implicitement légalisé cet usage en déclarant que, par l'effet du divorce, chacun reprend l'usage de son nom.

a) La femme a non seulement le droit mais encore le devoir de prendre le nom de son mari. Elle peut le défendre et agir en justice contre les usurpations des tiers.

Cependant cette reconnaissance légale du droit pour la femme de prendre le nom de son mari n'a pas été sans soulever des discussions :

Henri Baley (*La défense du droit au nom patronymique*, thèse, Rennes, 1930, p. 49), rapporte une discussion qui a eu lieu à la Société des études législatives dans la séance du 6 janvier 1928 sur un projet de réforme d'après lequel sans divorce ni séparation de corps le mari pourrait interdire à sa femme le port de son nom.

Mais la jurisprudence actuelle accorde sans conteste à la femme le droit de porter le nom de son mari (Le Havre, 9 févr. 1924, *Gaz. Trib.*, 25. 2. 62).

Le mari peut-il ajouter à son propre nom celui de sa femme ? oui. Mais « cette tolérance n'est reconnue

qu'à la double condition que le mari ne fasse usage du nom de sa femme qu'en dehors des actes de sa vie juridique et que cette adjonction ait été faite du consentement de la femme et de la famille de celle-ci; qu'il faut, de plus, qu'en indiquant ainsi son alliance, soit qu'il ait eu en vue un intérêt commercial, soit qu'il ait voulu préciser davantage sa personnalité afin d'écarter une confusion avec la personnalité d'autrui, le mari n'ait pas cherché principalement à s'attribuer, sans droit, une distinction honorifique » (Rouen, 10 nov. 1909, D., 11. 2. 164).

b) Le mari peut-il interdire à sa femme de porter son nom ? La séparation de corps ou le divorce met fin au droit de la femme (art. 299-311 L. 6 févr. 1893).

Ainsi un mari divorcé a pu interdire à son ex-femme, actrice, de porter son nom; mais le théâtre qui l'avait engagée n'est pas responsable; car il n'avait pas à se faire juge du différend entre les époux; cependant il devra dans l'avenir cesser de faire usage du nom (Seine, 22 déc. 1923, S., 28. 2. 23).

Le mari peut même retirer ses armoiries sur des portraits appartenant à la femme divorcée avant leur restitution (Paris, 30 avril 1924, S., 1928. 2. 129).

Tel est le principe établi par de nombreuses décisions de justice (Lyon, 4 mars 1886, D., 89. 2. 86; Poitiers, 11 juill. 1892, D., 94. 2. 149, S., 92. 2. 284).

Mais les tribunaux ont souvent dérogé à cette règle.

« Attendu qu'aux termes de l'article 299 du Code civil complété par la loi du 6 février 1893 « par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage

de son nom »; que cette disposition confère à chacun d'eux le droit d'interdire à l'autre de continuer à porter son nom; mais qu'elle n'est pas d'ordre public et que, par suite, les intéressés sont libres d'exercer ou non ce droit sous les modalités de leur choix. » (Cass. civ., 20 févr. 1924, S. 24. 1. 385; dans le même sens, Bourges, 18 oct. 1921, *Gaz Trib.*, 1921, Cass., 25 juin 1923, *ibid.*, 23. 1. 212.)

Un jugement de Paris (30 juill. 1917, S., 17. 2. 55) va même plus loin en disant que « l'interdiction à la femme mariée séparée de corps de porter le nom du mari constitue une déchéance, une pénalité véritable et ne doit être prononcée que pour des fautes graves et certaines (Paris, 30 juill. 1917, S. 17. 2. 55).

En ce qui concerne la veuve, l'usage est qu'elle conserve le nom de son mari. Mais si elle se remarie elle ne peut pas continuer à exploiter un commerce sous le nom de son ancien mari si un commerce similaire est tenu par son ex-beau-frère (Rouen, 18 déc. 1918, S., 20. 2. 90).

En résumé, en ce qui concerne le nom de la femme mariée, l'attitude de la jurisprudence nous semble donnée par cet arrêt du tribunal civil du Havre :

« Il reconnaît dans ses attendus que la loi française ne fait pas acquérir à la femme mariée le nom de son conjoint; que celle-ci conserve son nom patronymique et ne porte dans la vie courante le nom de son mari que par suite d'un usage et par mesure de simplification. Mais il « admet que la demanderesse » apparaît dès l'abord avoir un intérêt moral en rai-

» son des liens de solidarité que fait naître le
» mariage à ce que le nom de son mari que l'usage
» l'autorise à porter et sous lequel elle est connue
» dans le monde ne soit pas usurpé. » (Trib. civ.
Havre, 9 févr. 1924, *Gaz. Trib.*, 25. 2. 62.)

2° LE DROIT DU MARI ET LA NATIONALITÉ DE SA FEMME.

— L'emprise du mari sur sa femme résultant de son devoir de protection se traduisait autrefois par l'acquisition chez la femme de la nationalité de son mari. La loi du 10 août 1927 a profondément modifié l'ancienne législation d'après laquelle la femme prenait la nationalité de son mari.

D'après cette loi, art. 8, al. 2 : « La femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française, à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier. »

Al. 3 : « Elle perd la qualité de Française si les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage et si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier. »

3° LE DROIT DU MARI SUR LE CHOIX DE LA PROFESSION DE SA FEMME. — Le devoir de protection du mari se traduit par un droit sur le choix de la profession de sa femme. On l'estime le plus qualifié pour apprécier l'opportunité d'une pareille décision.

La loi de 1907 a donné à la femme la libre disposition de son salaire et des biens acquis par le produit

de son travail; une femme commerçante -- à la condition qu'elle exerce un métier séparé de celui de son mari — obtient une capacité presque entière qui la dégage de l'autorité maritale en ce qui concerne l'exercice de son négoce. Elle peut s'obliger, louer un magasin, vendre, acheter, emprunter, même aliéner et hypothéquer ses immeubles. Depuis la loi du 25 février 1927, elle peut même adhérer, sans autorisation maritale, aux syndicats professionnels, même en accepter l'administration et la direction.

Mais ces dispositions légales ne peuvent trouver leur application qu'autant que la femme exerce cette profession et elle ne peut en faire choix sans l'autorisation maritale.

Mais la jurisprudence ici aussi a très atténué la rigueur du principe. Elle a décidé que la femme mariée abandonnée par son mari pouvait, sans l'autorisation de celui-ci, faire choix d'une profession (Paris, 23 août 1851, D., 52. 2. 10).

« Attendu... qu'il résulte, en effet, des constatations y contenues que Pierre Culerier s'est, depuis 1884, séparé de fait de sa femme, qu'il avait épousée sans contrat en 1857; qu'il l'a abandonnée la sachant sans autre moyen de vivre que son travail journalier, « et qu'il a dû en connaissance de cause, et par » cette seule attitude, permettre à sa femme de » recueillir et conserver les fruits de son travail et » de ses économies »; que ces constatations et appréciations impliquent la reconnaissance, au profit de la femme, d'un mandat tacite nécessaire et général

de disposer librement des fruits en question, bien qu'ils dussent tomber dans la communauté conjugale. » (Cass., 24 déc. 1917, S., 20. 1. 65.)

§ II. — La femme doit obéissance à son mari.

Le devoir général d'obéissance de la femme peut s'analyser en plusieurs points importants sur lesquels la jurisprudence a dû se prononcer. Nous allons successivement examiner les cas où les tribunaux ont invoqué le devoir d'obéissance dû par la femme.

1° DROIT DU MARI SUR LES RELATIONS DE SA FEMME :

a) *Relations familiales*. — L'article 271 du Code civil fait obligation aux enfants d'honorer et de respecter leurs père et mère. On ne comprendrait pas que par l'autorité maritale il fût porté obstacle à ce devoir de piété filiale en interdisant à la femme de voir ses parents.

« Attendu que l'autorité du mari sur sa femme ne saurait, dans aucun cas, lui donner le droit de la priver arbitrairement de toute relation avec ses proches parents. » (Seine, 13 janv. 1870, D., 70. 3. 40.)

Mais le mari conserve cependant un droit de surveillance et de réglementation sur les relations de sa femme avec ses parents.

« Attendu que, sans contester le droit de surveillance du mari, lorsqu'il peut craindre que l'influence de ses beaux-parents ne jette le trouble dans

son ménage... » (Cass. req., 6 août 1907, D., 1907. 4. 512.)

b) *Relations mondaines.* — La question devient plus délicate lorsqu'il s'agit non des parents les plus directs de la femme, son père ou sa mère, mais de parents éloignés, surtout de ses relations mondaines. Labbé, dans une note sous un arrêt de Bruxelles (28 avril 1873), établit ainsi les droits du mari : « En dehors des personnes, pour lesquelles l'entretien des relations est un devoir de famille, les conjoints doivent s'entendre sur la détermination des personnes qu'il leur convient de voir. En cas de dissentiment, le mari a le pouvoir d'interdire à sa femme de voir ou de recevoir telle personne. »

C'est bien ainsi que l'entendent les tribunaux.

« Est justifié l'arrêt qui rejette une demande en séparation de corps formulée par la femme et basée sur une injure grave du mari qui lui aurait reproché ses relations avec un cousin, alors que l'arrêt constate que la femme, âgée de 63 ans, en témoignant à son jeune cousin qui avait réussi à prendre un fâcheux ascendant sur elle-même, une affection aveugle et excessive au détriment du mari, et en tenant à le conserver auprès d'elle malgré son mari, qui voulait l'éloigner, a manqué à ses devoirs et a donné au mari de justes motifs de mécontentement qui justifient les propos reprochés à celui-ci. » (Orléans, 27 mars 1923, *Gaz. Trib.* 24. 1. 77.)

Les droits du mari s'étendent même à la surveillance des occupations ordinaires de sa femme.

« Les juges peuvent retenir comme injures graves susceptibles de justifier le divorce le fait par la femme de négliger les soins du ménage pour s'occuper trop exclusivement de certaines œuvres, de continuer, malgré la défense du mari, des fréquentations donnant prise à la malignité publique... » (Limoges, 19 mai 1931, *Gaz. Trib.*, 31. 4. 52.)

Cependant, la jurisprudence n'admet pas sans limites ce droit de contrôle du mari. Elle n'admet pas qu'un mari, usant abusivement de son autorité, puisse isoler sa femme du monde extérieur, lui interdire de voir qui que ce soit. Cela aboutirait à une séquestration véritable tombant sous les sanctions pénales (Rouen, 8 avril 1824; Seine, 13 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, 34; Trib. Abbeville, 9 juin 1890).

2° DROITS DU MARI SUR LES CORRESPONDANCES DE SA FEMME :

a) *Le principe.* — Le mari a-t-il le droit de surveiller les correspondances de sa femme, celles qu'elle écrit et celles qu'elle reçoit ? Sur le principe, il n'y a pas de doute. Tous les arrêts, aussi bien les plus anciens que les plus récents, s'appliquent à l'affirmer.

« Attendu que le mari, en sa qualité de chef de la communauté et en vertu de l'autorité domestique qui lui est reconnue par la loi, a un droit de contrôle et de surveillance sur la correspondance de sa femme et peut la produire en justice; que ce droit ne saurait souffrir une restriction au cours de la procédure en

divorce; qu'en effet, si l'ordonnance qui a fixé à la femme un domicile séparé relâche le lien conjugal, elle n'a pas pour résultat de faire disparaître les devoirs qui existent entre époux, l'autorité maritale subsistant tant que le mariage n'a pas été dissous et, avec elle, le droit de surveiller la correspondance de la femme. » (Bordeaux, 15 mars 1929, D. P., 30. 2. 129.)

b) *Les atténuations apportées par la jurisprudence.*

— Après ces affirmations de principe il apparaît à la lecture des textes que les tribunaux s'attachent à définir et à limiter en la matière les droits du mari.

« Le mari a le droit et le devoir d'exercer dans de justes limites une surveillance tutélaire sur les actions de sa femme. Un semblable contrôle ne va pas jusqu'à permettre au mari de s'immiscer arbitrairement dans la correspondance particulière d'une épouse irréprochable sans le consentement de celle-ci et dans le seul but de satisfaire une curiosité jalouse et blessante. » (Bruxelles, 28 avril 1875.)

La Cour de cassation elle-même décide que « ce droit d'investigation ne saurait être illimité » (3 févr. 1900).

Le 6 août 1907, la Chambre des requêtes juge que, « sans contester le droit de surveillance du mari, W... a fait de son droit un usage abusif, notamment en interceptant à la poste et décachetant non seulement des lettres adressées à sa femme, mais les lettres écrites par elle à sa mère ».

Encore faut-il, pour que le mari puisse faire valoir

ses droits, que la femme soit réellement la propriétaire de sa lettre. Or, cette propriété de la lettre, alors même que la femme l'aurait écrite, se perd dès qu'elle est en possession du tiers auquel le secret des correspondances défend de la soustraire. Il est des cas également très particuliers où la divulgation de certaines lettres soulève des difficultés et des objections sérieuses : nous voulons parler des lettres se rattachant à l'exercice de professions tenues au secret comme celles de médecin ou d'avocat. Par le fait que le mari a autorisé sa femme à choisir et à exercer une profession il ne saurait s'immiscer dans les actes de cette profession et user de son autorité maritale pour l'obliger à trahir un secret.

c) *Moyens accordés au mari pour se procurer les lettres de sa femme.* — Le mari est en droit de demander à l'Administration des postes la remise des lettres adressées à sa femme ou écrites par elle; mais cette remise ne s'opère que sous certaines règles, et il faut pour l'obtenir une décision de justice. L'article 807 de l'instruction sur le service des postes promulguée par arrêté du 10 juin 1899 dispose que les correspondances adressées à des mineurs, à des femmes mariées ou des interdits sont remises dans les conditions ordinaires à moins qu'un jugement n'en dise autrement. Pour remettre au mari les lettres de sa femme, l'Administration des postes exige donc un jugement.

Mais, en dehors de ce cas nettement déterminé, quels moyens reconnaissent les tribunaux au mari

pour se procurer les lettres de sa femme et accordent-ils les mêmes facilités aux deux conjoints ?

C'est dans le but d'en faire état dans une instance en justice — divorce ou séparation de corps — que le mari cherche à savoir dans quelles conditions peut être permise la production des lettres ? On peut distinguer trois périodes dans l'évolution de la jurisprudence à ce sujet.

Dans une première période, la jurisprudence proclame que la production n'est prohibée par aucune loi, et elle ne fait aucune différence entre les époux. Il ne semble pas qu'il existe une prééminence du mari en vertu de son autorité maritale.

« Attendu qu'en matière de séparation de corps notamment, lorsque le mari a laissé dans un meuble au domicile conjugal des documents susceptibles d'épargner au juge les dispendieuses lenteurs d'une enquête souvent scandaleuse et que ces papiers tombent entre les mains de la femme outragée sans qu'elle ait employé de moyens illicites pour se les procurer, il appartient souverainement aux tribunaux d'apprécier le caractère de ces documents et la convenance ou l'opportunité de leur production...; un mari ne peut se plaindre que le secret n'ait point été respecté lorsque c'est par sa faute que ces papiers dont un porte au verso un projet de liste municipale ont été trouvés par sa femme, abandonnés dans un meuble commun au domicile des époux; que la négligence du destinataire à soustraire sa correspondance aux regards intéressés enlève au besoin à cette corres-

pondance sa nature confidentielle et son caractère de propriété privée; que la femme à laquelle le hasard a livré la révélation de certains faits et qui produit les preuves qu'elle a découvertes sans fraude, en vue d'établir sa demande, n'enfreint en aucune façon la rigueur des principes édictés par la loi de 1790 pour un autre cas dans un but de sécurité sociale. » (Paris, 11 juin 1879, D., 80. 2. 190.)

Une décision d'Alger ne fait même pas intervenir l'autorité maritale mais le hasard.

« Attendu qu'en admettant qu'on puisse dénier à l'époux le droit d'intercepter les correspondances de sa femme, on ne saurait lui constester d'empêcher ces correspondances d'arriver à destination lorsque le hasard les a fait tomber entre ses mains. » (Alger, 12 nov. 1866, E. 67. 2. 152.)

De plus, il n'était pas admis que, pour se procurer les lettres dont on voulait faire état en justice, il soit employé des moyens indéliçats, dolosifs, frauduleux ou illicites.

Dans une deuxième période, la jurisprudence change et semble abandonner les principes. Elle donne au mari, par le fait de sa puissance maritale, un droit d'intercepter les lettres qu'elle n'accorde pas à la femme. Mais il faut toujours que le mari ne se soit pas procuré les lettres par des moyens délictueux.

« Considérant que, dans une instance en divorce, les tribunaux ne peuvent se refuser à faire état de lettres de cette nature que si celui qui les détient

se les est procurées d'une manière frauduleuse; qu'aucune preuve de ce genre n'est faite ni même offerte par la femme Oger; que c'est donc à tort qu'elle demande que lesdites lettres soient écartées des débats. » (Paris, 27 mars 1896, D., 96. 2. 512.)

« Attendu que sans doute, même en cette matière, aucune atteinte ne saurait être portée au principe de l'inviolabilité du secret des lettres au moyen de procédés délictueux rentrant dans la prohibition même de la loi, mais qu'il ne suffit pas que la possession de cette correspondance ait été obtenue par des moyens qui, n'étant pas coupables aux yeux de la loi, pourraient blesser certains scrupules... » (C. crim., 9 juin 1883, D., 84. 1. 89.)

« Attendu que le mari a incontestablement, en vertu de l'autorité domestique que la loi lui reconnaît, des droits d'investigation et de recherche, pour découvrir les preuves de l'offense faite à son honneur. » (Cass. civ., 15 juill. 1885, D., 86. 1. 145.)

De nos jours, la jurisprudence tend à revenir à ses interprétations primitives. Déjà, dans une thèse de Paris (1888), Achille Willaume, étudiant les droits du mari sur la correspondance de sa femme, s'élevait contre cette prééminence du mari : « La puissance maritale existe, et nul ne la conteste. Autant d'opinions que de personnes : Cette puissance maritale semble abandonnée à la fantaisie d'interprétation de chacun », et il conclut en réclamant « la suppression du droit de contrôle du mari sur la correspon-

dance de sa femme ». Ludovic Jardel ⁽¹⁾ émet la même opinion. Il croit que le mari a le droit d'intercepter, de lire, de supprimer et de produire la correspondance de sa femme; que ce droit résulte non de l'article 243 mais de l'esprit du Code. Mais il admet qu'étant donné l'évolution des idées, la jurisprudence devra interpréter cette règle dans un sens très large; que, par exemple, le mari ne pourra se procurer les lettres de sa femme que par un moyen frauduleux. Même opinion est exprimée par François Géný ⁽²⁾.

Les arrêts de jurisprudence se sont inspirés de ces considérations de doctrine. De nouveau, comme dans les interprétations primitives, « les moyens illicites et frauduleux » sont opposés à la production en justice par le mari des lettres émanant de sa femme.

« Il appartient au tribunal d'apprécier, en considérant à la fois le caractère intime et confidentiel d'une correspondance épistolaire entre la femme et une tierce personne et la nature du grief dont le mari prétend y trouver la preuve, s'il ne convient pas, au contraire, de maintenir et de faire respecter le secret des lettres, nécessaire en principe aux rapports sociaux. » (Cass. req., 5 févr. 1900, D., 1901. 1. 45.)

« Attendu que l'arrêt attaqué constate que le mari n'a ni abusé de l'autorité que la loi lui confère, ni

(1) *De la production en justice de la correspondance*, thèse Paris, 1904.

(2) *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, 1911.

recouru à des moyens illicites ni même répréhensibles, pour entrer en possession des lettres adressées à sa femme et qui contenaient la preuve des relations adultères qu'il imputait à cette dernière. » (Cass., 18 mars 1918, S., 18. 1. 174.)

Ainsi subsistante en son principe, l'autorité maritale est cependant soumise à un contrôle qui tend à la rendre compatible avec la nécessité morale du secret des lettres.

3° DROITS DU MARI ET LIBERTÉ DE CONSCIENCE DE LA FEMME. — Le mari a-t-il le droit, au nom de sa puissance maritale, d'annihiler la liberté de conscience de sa femme, de lui imposer ou de lui interdire des croyances et pratiques religieuses ? Pareille conception serait contraire à l'article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public établi par la loi. »

La femme a non seulement le droit de croire mais encore de pratiquer la religion qui lui convient, cela fût-il malgré l'opposition et la défense du mari. La femme a même le droit de changer de religion, et dans cette conversion le mari ne saurait trouver motif à divorce.

« Attendu que la dame C..., en changeant de religion, n'a fait qu'user d'un droit; que lui contester ce droit serait porter atteinte au principe supérieur, aujourd'hui universellement reconnu, de la liberté de

conscience; qu'il n'est pas possible de dire qu'en prenant part aux cérémonies du culte catholique elle violait le devoir d'obéissance à l'autorité maritale au point de se rendre coupable d'injure grave; qu'en effet, le droit de croire à une religion emporte le droit de la pratiquer et en est inséparable; que le mari peut bien se prévaloir de son autorité pour empêcher des actes qui porteraient atteinte à la dignité, à la considération, aux intérêts de l'association pour gêner la liberté de conscience et l'exercice de cette liberté. » (Trib. civ. Mont-de-Marsan, 28 janv. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 384.)

Bien plus, c'est un devoir pour le mari de respecter les croyances religieuses de sa femme. Il est de jurisprudence constante que le fait pour le mari de se refuser, après le mariage civil, à la célébration du mariage religieux constitue une injure grave, cause de divorce.

Un arrêt récent en témoigne :

« Attendu qu'il résulte des documents de la cause que les époux sont de confession israélite; que la dame B..., très attachée aux pratiques du culte, entendait que son mariage civil, non suivi de la moindre cohabitation, fût accompagné d'une bénédiction religieuse; qu'elle considérait que la consécration par l'autorité rabbinique était une condition essentielle de son mariage; que son mari lui avait promis de consentir à son légitime désir...; que, se ravisant quelques jours avant la date fixée, B... informait sa femme qu'il se refusait à toute célébration

religieuse, à moins de recevoir des parents de celle-ci une somme dont le montant, en dépit des tractations engagées, se trouvait au-dessus de leurs possibilités; — Attendu qu'ainsi l'attitude de B... envers sa femme, blessée dans des convictions intimes qu'il connaissait, apparaît comme une offense constitutive de l'injure grave... » (Seine, 3 mars 1933, S., 34. 2. 67, 3^e cahier.)

La jurisprudence va même plus loin, car elle reconnaît que le mari ne peut s'opposer au baptême des enfants.

« Attendu que s'il est vrai d'admettre avec la doctrine que les dissentiments les plus extrêmes en matière religieuse ne peuvent à eux seuls constituer un motif de séparation de corps, il n'est pas moins certain que les circonstances dans lesquelles ils se produisent peuvent leur donner un caractère injurieux pour l'un des époux...; que c'est avec raison que les premiers juges ont vu dans le refus exprimé dans de telles circonstances (de faire baptiser l'enfant) non pas seulement un déplorable abus de l'autorité paternelle, mais une violence morale envers la mère et l'oubli d'une promesse tacite mais virtuelle qui ont dû blesser la conscience d'une femme chrétienne dans ses sentiments les plus intimes et les plus respectables. » (Lyon, 25 mars 1873.)

4^o DROITS SUR LA PERSONNE DE LA FEMME AU SENS STRICT DU TERME, EN PARTICULIER DROIT DE CONSENTEMENT DU MARI EN MATIÈRE D'OPÉRATIONS CHIRURGICALES :

a) Le mari, en vertu du devoir d'obéissance que lui

doit sa femme, a sur sa personne un véritable droit de propriété et peut exiger l'exécution des obligations qu'entraîne le mariage. Sur ce sujet délicat, on trouve cependant de nombreux arrêts, provoqués par des demandes en séparation de corps ou en divorce. Le mari demande la dissolution d'un lien que la femme refuse de reconnaître (Lyon, 25 mars 1931, S., 31. 2. 24; Caen, 10 mai 1926, S., 26. 2. 62; Cass., 15 juill. 1924, *Gaz. Trib.*, 24. 2. 99).

La jurisprudence est constante sur ce point, et nous nous bornons à citer les arrêts les plus récents.

b) Le droit qu'a le mari sur la personne de sa femme lui donne-t-il pouvoir de correction ? Il en a été ainsi autrefois et on peut lire dans Beaumanoir :

« Le mari le doit castier et repenre selon toutes les matières dont il verra que bon sera pour l'oster de tel visse excepté mort ou mehaing (*Coutume de Beauvoisin*, éd. Beugnot, liv. XII, § 6). Un arrêt très connu de la Cour de Chambéry maintenait ce droit au mari : « Attendu que l'association conjugale a pour chef le mari et qu'il est de son devoir, plus encore que de son droit, de diriger la femme, de compléter son éducation morale, lorsqu'elle est jeune, et de prendre, avec amour, mais avec fermeté, les moyens nécessaires pour cela; que l'appréciation de ces moyens et des circonstances dans l'infinie variété desquelles ils peuvent être nécessaires ne peut être faite qu'avec une souveraine réserve, et qu'autant la femme doit être protégée contre une brutalité imméritée et persistante, autant il est impossible de

ranger toujours parmi les injures et les sévices graves les actes de correction ou même de vivacité maritale. » (Chambéry, 4 mai 1872, D., 73. 2. 129.)

Il semblerait que, de nos jours, la question ne puisse même plus se poser. Et cependant, il a fallu que la Cour de cassation affirme en des attendus très intéressants la disparition du droit de correction. « Attendu qu'en premier lieu, l'exercice de l'autorité maritale, en vertu de laquelle Thaon aurait agi, ne peut comporter l'emploi d'un moyen de coercition qui constitue une infraction à la loi pénale; qu'en deuxième lieu, en décidant que Thaon aurait été provoqué par les réponses de sa femme aux remontrances qu'il avait le droit de lui adresser, le juge de police a admis une excuse illégale. » (Cass. crim., 9 févr. 1923, S., 23. 1. 288.)

c) L'étude du droit de correction n'a pas aujourd'hui un intérêt pratique très grand. Plus important est dans notre droit moderne le point de savoir dans quelle mesure le mariage diminue le droit de propriété inaliénable que toute personne humaine a sur son propre corps. Le mari n'a-t-il pouvoir sur sa femme que pour l'accomplissement du devoir conjugal, ou bien lui appartient-elle comme un simple objet, comme sa chose ? En un mot, la volonté du mari doit-elle être prépondérante, lorsqu'il s'agit d'une modification quelconque à apporter dans l'aspect physique de sa femme, d'une atteinte à son intégrité corporelle, ou bien seul l'avis de la femme doit-il compter ?

La question s'est posée dans des cas extrêmement graves : en matière d'opérations chirurgicales, d'où dépendait la vie de la femme, au moment d'un accouchement, lorsqu'il s'agit de sacrifier soit la vie de la mère, soit la vie de l'enfant.

Elle s'est posée également en des circonstances parfois sérieuses, parfois comiques : en matière de chirurgie esthétique, et elle a fait naître une abondante littérature.

« Chacun possède sur sa propre personne un droit exclusif et spécial, opposable à tous, comme une sorte de propriété de son être. Nul n'a le droit d'y porter atteinte, fût-ce pour son bien, fût-ce dans la meilleure intention du monde. Le médecin est, comme tous les autres, obligé de respecter ce droit de la personnalité, alors même qu'il aurait agi exclusivement dans l'intérêt de la santé du malade. » (1).

Cette opinion, généralement admise, s'applique en principe à la femme mariée. Mais, pour elle, une question supplémentaire entre en ligne de compte : si seule elle peut consentir à laisser porter atteinte à son corps, il n'en demeure pas moins que le montant des frais médicaux reste à la charge de la communauté, donc du mari. Dès lors on comprend que celui-ci doive être consulté.

D'ailleurs, avant de demander le consentement du mari, une question se pose : celle de la validité de la chirurgie esthétique. Son utilité et sa moralité ont

(1) Lucien Piqué, *La Presse médicale*, 25 mars 1944, p. 238.

été très discutées. On a dit qu'elle était contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, car l'homme n'a pas le droit de compromettre sa santé dans un but de vanité. La chirurgie esthétique serait une des formes les plus malsaines du luxe. Mais, de plus en plus, la chirurgie esthétique tend à entrer dans les mœurs et à être admise par la doctrine et la jurisprudence.

« Un médecin n'a le droit d'expérimenter une méthode curative nouvelle sur le malade confié à ses soins que lorsqu'il se propose la guérison même de celui-ci. Mais l'expérimentation entreprise dans le simple but de résoudre une question médicale peut, suivant les cas, donner lieu à des poursuites correctionnelles contre le médecin, alors même que le résultat de l'expérience, réalisant une éventualité dont il se serait accessoirement préoccupé, aurait été plutôt favorable que préjudiciable au malade. » (Trib. corr. Lyon, 15 déc. 1859, D., 59. 3. 87.)

Et, d'après un arrêt récent :

« Considérant que... le fait même d'entreprendre une opération comportant des risques d'une réelle gravité sur un membre sain et dans le seul but d'en corriger la ligne, et sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opéré, constitue à lui seul une faute de nature à entraîner la responsabilité du chirurgien; ... qu'une indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné par l'intéressé en

toute connaissance de cause sont absolument nécessaires, et doivent être rigoureusement exigés quand l'opération n'a pas pour but de guérir le mal, mais seulement d'atténuer ou de faire disparaître une imperfection physique. » (Paris, 12 mars 1931, D. H., 1931, 259.)

Mais si le droit pour une personne libre de ses actes de recourir à la chirurgie esthétique a été contesté, à plus forte raison y a-t-il eu matière à discussion lorsque cette personne était un incapable, un mineur ou une femme mariée.

Le mari a-t-il sur le corps de sa femme un véritable droit de propriété ? Non.

« Attendu qu'à la date du 17 juillet 1908 intervenait entre le sieur R... et le docteur P... un contrat par lequel R... autorisait ce dernier à pratiquer sur sa femme « les traitements chirurgicaux utiles pour » l'amélioration de sa situation » (il s'agissait de redonner aux seins la « forme globale de la jeunesse »);... — Attendu que l'on doit considérer comme illicite et contraire aux bonnes mœurs une convention qui avait pour objet uniquement ces pratiques de vivisection sur une femme âgée et besogneuse; qu'une telle convention ne pouvait être admise comme compatible avec la dignité humaine, alors que, par l'appât d'un gain des plus minimes, l'appelante se déterminait à trafiquer de son corps et à le faire servir à des expériences inutiles pour elle, sinon dangereuses, qui n'étaient entreprises qu'en vue des profits que leur auteur escomptait. » (Lyon, 27 juin 1913, D., 14. 2. 73.)

D'une décision de la Cour de cassation, on peut déduire, bien qu'en l'espèce il s'agisse du mari, que la jurisprudence considère chaque époux comme propriétaire de son corps.

« Le capital de l'indemnité allouée à la victime d'un accident en réparation de l'atteinte portée à sa personnalité physique et en compensation de l'amointrissement de sa capacité de travail ne tombe pas en communauté. » (Cass. req., 13 avril 1921, *Gaz. Trib.*, 21. 4. 150.)

Il est de jurisprudence constante que le mari est tenu de payer les frais médicaux ou dentaires : c'est pour lui une des charges du mariage, une conséquence du devoir de secours et d'assistance. Certains arrêts le déclarent tenu des honoraires s'il est commun en biens, et même s'il est séparé de fait de sa femme depuis plusieurs années (*Gaz. Trib.*, 12 juill. 1931; *Recueil*, 31. 2. 146; Justice de paix d'Ivry-sur-Seine, 1^{er} mai 1931).

Mais si, d'une façon générale, le mari ne peut se dispenser de payer les frais de maladie de sa femme (Trib. civ. Seine, 11 juill. 1922, D. P., 23. 4. 105), en est-il ainsi lorsque ces frais sont le résultat d'une opération ne présentant aucun caractère de nécessité?

Un jugement du Tribunal de paix de Toulouse nous semble résumer l'opinion jurisprudentielle sur ce point.

« Attendu que la dame P..., de l'aveu du chirurgien, a provoqué l'intervention en vue de la suppression d'un lipome dans le dos, c'est-à-dire d'une ex-

croissance faisant apparaître une voussure sous les vêtements, qui présentait un caractère inesthétique...; qu'il ne s'agit donc pas d'une intervention revêtant un caractère d'urgence, et que c'est à bon droit, devant l'absence de tout danger pour l'existence de la dame P..., que le sieur P..., son mari, avait le droit de discuter les conditions matérielles et pécuniaires dans lesquelles il entendait limiter son autorisation et sa garantie. »

« Attendu que, si l'on ne peut dénier à la femme mariée, maîtresse de son corps et arbitre des soins que peut lui inspirer le souci de la conservation de ses formes, de recourir aux offices de la chirurgie dite esthétique en dehors de l'autorisation du mari, et le fait de ne pas paraître bossue rentre dans cet ordre de préoccupations, il faut bien reconnaître à celui-ci, surtout si la communauté est alimentée à peu près exclusivement par ses gains, le droit et les pouvoirs de défendre cette communauté contre les dépenses de la femme, jugées fantaisistes ou somptuaires. » (Justice de paix de Toulouse, 2 oct. 1932, *Gaz. Trib.*, 32. 2. 309.)

On peut déduire de cet arrêt que si la femme mariée, maîtresse de son corps, est tenue d'en référer à son mari pour subir une opération esthétique, c'est surtout parce que celui-ci est pécuniairement responsable des frais médicaux.

SECTION III

INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE 214

« La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état. »

C'est en ces termes que le Code civil, dans l'article 214, pose pour les époux l'obligation d'habiter ensemble.

Nous allons consacrer deux paragraphes successifs à l'étude jurisprudentielle de chacun des deux alinéas de l'article 214. Dans chacun de ces paragraphes, nous étudierons le principe posé par la jurisprudence, les sanctions qu'elle ordonne pour faire respecter ce principe, les atténuations qu'elle apporte à son application.

A cet effet, nous citerons quelques arrêts, pris parmi ceux qui nous semblent les plus caractéristiques de l'attitude des tribunaux.

§ 1. — La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider.

1° LE PRINCIPE. — Nous avons vu que la doctrine, d'une façon générale, voyait dans l'article 214, non pas un simple souhait de la loi, mais une véritable obligation. Seulement, de plus en plus, les auteurs

se rendent compte des difficultés d'application de l'article 214. Comment contraindre à habiter ensemble des gens qui s'y refusent ? Nous avons rapporté les diverses solutions qui ont été proposées. Nous allons voir maintenant ce qu'en a décidé la jurisprudence.

Les tribunaux n'ont jamais manqué d'affirmer cette obligation pour la femme d'habiter avec son mari et déclaré les séparations de fait illégales.

« Aucune séparation volontaire n'est autorisée par la loi entre les époux, dont la vie commune est une de leurs obligations essentielles, et le mari dispose du local occupé par sa femme non séparée de corps, alors même que le bail aurait été passé au nom de cette dernière; par suite, il n'a pas droit à la prorogation de son loyer. » (Cass., 23 févr. 1928, D. H., 1928, 226.)

« Attendu que les obligations que crée le mariage, notamment celles de cohabitation et d'entretien, mentionnées à l'article 214 du Code civil et amplifiées par la clause litigieuse, sont prescrites et sanctionnées par la loi dans un intérêt collectif, dans un but de moralité publique, qu'elles sont donc prévues par une disposition d'ordre public, à laquelle il n'est point permis de déroger par des conventions particulières. » (Bruxelles, 30 déc. 1923, S., 27. 4. 3.)

La Cour de cassation affirme à plusieurs reprises le devoir pour la femme de suivre son mari, et cela même à l'étranger.

« Attendu que l'arrêt attaqué, rendu sur l'appel

d'un jugement du Tribunal de Rabat, prononce entre les époux Billot, de nationalité française, le divorce aux torts de la femme; qu'il déclare que la dame Billot a toujours refusé, sans motif légitime, de réintégrer le domicile conjugal; que toutes les démarches faites auprès d'elle par son mari en vue de reprendre la vie commune sont demeurées sans effet; qu'elle n'a fait aucune tentative de séjour au Maroc qui ait pu fournir la preuve d'un effet nuisible du climat sur sa santé; qu'elle a, au contraire, montré une mauvaise volonté invincible à faire cet essai, que son devoir d'épouse lui imposait, et qu'une pareille attitude de la dame Billot constitue envers son mari une injure grave, justifiant la demande en divorce. » (Cass. civ., 2 mars 1926, D. H., 1926, 282.)

« Le domicile conjugal est synonyme de domicile marital. Ce domicile est celui où le mari va habiter pour l'utilité de ses affaires, pour ses convenances ou pour toute autre cause; qu'il n'importe en rien que la maison du mari soit un hôtel ou un appartement meublé, y vécût-il même en pension...; que le fait que le mari entretient à son nouveau domicile des relations adultères constitue seulement un délit, prévu et réprimé par la loi pénale, mais ne change en rien le caractère juridique de ce nouveau domicile. » (Colmar, 23 févr. 1926, S., 26. 2. 28.)

Sans aucun doute sur le principe de la cohabitation des époux et de l'impossibilité pour la femme de se soustraire à ce devoir. Mais quelles sanctions les

tribunaux appliquent-ils, et quels moyens coercitifs accordent-ils au mari pour faire respecter son droit ?

2° SANCTIONS. — Il est très bien de dire et d'affirmer que la femme doit habiter avec son mari et le suivre partout où il lui plaît de résider. Mais si elle s'y refuse ? Quels moyens emploie la jurisprudence ?

a) Le premier moyen qui vient à l'esprit est le droit pour le mari de refuser à sa femme récalcitrante tout aliment et tout secours pécuniaire. Ici, tout le monde est d'accord, doctrine et jurisprudence. Celle-ci est fixée depuis longtemps sur ce sujet (22 prairial an XIII, 11 juin 1806).

« Attendu que la dame G..., étant séparée de biens, doit contribuer aux charges du mariage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus; ... qu'il convient, en outre, pour le cas où elle ne réintégrerait pas le domicile conjugal, d'autoriser G... à faire saisir les revenus de sa femme, jusqu'à concurrence de cette somme, pour les percevoir et en disposer. » (Bordeaux, 3 janv. 1882, D., 82. 2. 126; dans le même sens : Bourges, 15 juill. 1811; Paris, 14 mars 1834, S., 34. 2. 159; Paris, 27 janv. 1855, D., 55. 2. 208.)

b) Mais ce moyen peut être inefficace si la femme possède des moyens de subsistance, sur lesquels le mari n'a aucun droit. Aussi a-t-on pensé à condamner la femme à payer, soit des dommages-intérêts à son mari, soit une astreinte à tant par jour de retard.

« Ordonne que, dans le mois de la signification du présent jugement, la dame Dupont devra réintégrer

le domicile conjugal, à charge par Dupont de justifier d'une résidence en rapport avec la position sociale des époux. Faute par la dame Dupont de ce faire, la condamne à payer au demandeur 50 francs par jour de retard pendant un mois, passé lequel délai il sera fait droit. » (Paris, 2 mars 1877, D., 77. 2. 243.)

« La femme mariée peut être condamnée, sous une astreinte pécuniaire, à réintégrer le domicile conjugal dans un certain délai. » (Seine, 6 mars 1911, D., 11. 5. 28.)

De plus en plus, le système des astreintes tend d'ailleurs à se généraliser, et son application à la femme récalcitrante n'est qu'un aspect de cette tendance générale de la jurisprudence.

c) Le mari peut-il aller jusqu'à refuser à sa femme les vêtements et les habits qui lui sont nécessaires ? Demolombe, nous l'avons vu, admettait cette mesure dans les limites de la décence. Mais la jurisprudence s'est nettement prononcée contre ce moyen. Certains arrêts ont également condamné la femme à la saisie ou à la séquestration de ses revenus. Cette mesure distincte des dommages-intérêts ou de l'astreinte dont nous avons parlé plus haut est destinée à prendre la femme par la famine.

d) Mais le point le plus important et qui a prêté le plus à discussion est de savoir si les tribunaux doivent accorder au mari l'aide de la force publique pour contraindre sa femme à regagner le domicile conjugal. Nous avons vu combien la question a été discutée en

doctrine. En jurisprudence, il en a été de même, et les arrêts ont subi de nombreuses fluctuations.

Dans une première période, au lendemain du Code civil, les tribunaux ont admis l'emploi de la *manu militari*.

« Vu l'article 214 du Code Napoléon, considérant que le tribunal de première instance, en refusant au sieur Latrille des moyens coercitifs pour obliger son épouse à rejoindre sa compagnie, paraît s'être éloigné du but de cet article, dont les dispositions sont impératives; car elles obligent la femme d'habiter avec son mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider; or, la loi, en imposant cette obligation à la femme, n'en a pas soumis l'exécution à son inconstance et à ses caprices; et si elle n'a pas indiqué un mode pour la contraindre d'habiter avec son mari, elle s'en est rapportée à la sagesse et à la prudence des magistrats, pour le déterminer selon les circonstances; car, dès qu'elle a voulu la fin, elle a voulu les moyens pour y parvenir; que, s'il en était autrement, l'autorité des juges serait illusoire, l'indépendance des femmes n'aurait aucun frein, le moindre mécontentement suffirait pour leur faire désertier la maison maritale, et les tribunaux seraient impuissants pour les ramener à leur devoir. » (Pau, 12 avril 1810, S., 10. 2. 241; dans le même sens, on peut citer : Paris, 29 mai 1808, S., 1808. 2. 199; Colmar, 4 janv. 1817, S., 18. 2. 33; Nancy, 11 avril 1826, S., 26. 2. 200; Cass., 9 août 1826, S., 27. 1. 88; Aix, 29 mars 1834, S., 33. 2. 92.)

A cette époque même, quelques arrêts s'opposent à l'emploi de ce moyen coercitif.

« Attendu qu'il est prouvé par les travaux préparatoires du Code Napoléon que l'article 214 n'a pas pour but d'autoriser le mari à faire emploi de la force publique pour obliger sa femme à résider dans la maison commune; que, d'autre part, malgré l'opinion contraire de jurisconsultes estimés, il a été reconnu par la jurisprudence que ce moyen est inefficace et ne peut être mis en usage, mais que le refus de la femme de suivre son mari dans le domicile conjugal peut être le fondement d'une action en dommages-intérêts. » (Cour provinciale de la Gueldre, 6 juin 1849, D., 52. 2. 166.)

« Aucun texte de loi n'autorise les tribunaux à ordonner que la femme qui a quitté volontairement le domicile conjugal sera contrainte, *manu militari*, à réintégrer ce domicile.

» A plus forte raison, cette mesure ne saurait être prescrite lorsque le départ de la femme a été réfléchi, qu'elle a résisté aux démarches réitérées de son mari et à l'intervention d'un officier ministériel, et que son retour au foyer conjugal, sous l'escorte de la force publique, ne conduirait à aucun résultat utile. » (Trib. civ. Quimper, 15 mars 1903, D., 1903. 5. 36.)

Mais la jurisprudence n'est pas fixée en ce sens. Il semble même qu'une tendance très nette soit manifeste en faveur de l'emploi de la force publique.

« Attendu que l'obligation imposée aux époux est le complément de leurs droits et devoirs respectifs, si

énergiquement résumés dans les articles 212 et 213 du même Code; qu'en effet, ce n'est qu'à la condition de vivre sous le même toit qu'ils pourront, lorsque les circonstances l'exigeront, se prêter secours et assistance; que, séparée de son mari, la femme ne peut être protégée par lui, et, loin de lui obéir, vit dans une indépendance complète...; — Attendu que ces devoirs, ainsi imposés aux époux par le législateur, ne sont pas seulement l'expression d'un précepte de morale ou une simple exhortation, mais une obligation juridique et la seule sauvegarde de l'existence de la famille, qui importe tant à l'Etat...; — Attendu qu'on ne saurait contester sa légalité (de l'emploi de la force), sans quoi il faudrait dire que le magistrat peut ordonner, mais non user, des moyens nécessaires pour que ses ordonnances soient exécutées. » (Nîmes, 20 févr. 1862, D., 63. 2. 193.)

De nos jours même, les tribunaux admettent encore l'emploi de la force publique au profit du mari.

Un arrêt récent en fait foi.

« Le Tribunal civil de Thonon-les-Bains avait refusé au mari l'aide de la *manu militari* comme répugnant à la conscience moderne. »

La Cour de Chambéry reforma ce jugement : « Attendu qu'aux termes de l'article 214 du Code civil, la femme est obligée d'habiter avec le mari; que ce devoir, imposé à la femme, n'est pas une simple exhortation morale, mais une obligation civile absolue, intéressant la famille et l'ordre social, obligation à laquelle la femme ne peut se dérober sans motif légalement constaté;

» Attendu que les tribunaux devant condamner obligatoirement la femme à rentrer au domicile conjugal ne peuvent refuser au mari le droit de l'y contraindre, au besoin avec l'aide de la force publique.

» Attendu qu'en admettant que ce moyen puisse être inopérant devant la volonté persistante de la femme et ne pas amener la reprise de la vie commune, il ne peut être rejeté à priori, que du reste l'emploi de la force publique n'a pas pour objet de contraindre matériellement la femme à une cohabitation qu'elle refuse, ni d'enchaîner la liberté de sa personne, mais de constater solennellement sa désobéissance et de la mettre en état de remplir ses devoirs. » (C. appel Chambéry, 27 oct. 1931, *Gaz. Trib.*, 31 .2. 350.)

On peut conclure de cet important arrêt que la jurisprudence semble définitivement admettre la contrainte *manu militari* contre la femme récalcitrante, mais sans ajouter foi à l'efficacité de ce moyen.

3° LES ATTÉNUATIONS AU PRINCIPE. — Le principe que la femme est obligée d'habiter avec son mari n'est pas appliqué avec rigueur par les tribunaux. Ils admettent de nombreux adoucissements à l'article 214.

Citons quelques exemples :

La femme est dispensée de suivre son mari :

S'il mène une vie nomade (Cass., 9 janv. 1826, D. P., 28. 1. 121);

S'il l'a abandonnée et veut ensuite la faire revenir près de lui.

« Attendu que l'arrêt attaqué a constaté qu'après

avoir fixé son domicile à Paris, où sa femme l'avait suivi, Aubergier l'y avait abandonnée sans ressources, la laissant aux prises avec les plus graves difficultés, et lui avait alors fait sommation de le rejoindre à Alger; que, vu l'impossibilité où elle se trouvait d'y obtempérer, son refus apparaît comme dépourvu de tout caractère injurieux. » (Cass. req., 4 mars 1914, D., 16. 1. 31.)

Les cas les plus fréquents de dispense pour la femme d'habiter avec son mari se présentent lorsque celui-ci veut l'obliger à demeurer avec ses beaux-parents.

« Attendu que la dame Epoulet a dû quitter pendant la guerre le domicile de ses beaux-parents à la suite d'injures qui lui étaient adressées et de travaux trop durs qui lui étaient imposés, alors que, de santé délicate, elle venait d'avoir un enfant; que le mari, qui s'était engagé à faire vivre sa femme dans un logement séparé de ses parents, n'exécuta pas sa promesse... » (Cass., 17 mars 1926, D., 26. 1. 215.)

Et un arrêt tout récent :

Attendu que, si le mari pouvait exiger de sa femme qu'elle vînt habiter avec lui, il ne pouvait lui imposer la présence ou le contact de ses père et mère, la dame F... jeune déclarant qu'une profonde mésintelligence existait entre elle et eux. » (Orléans, 15 févr. 1934, S., 34, 7^e cahier, p. 165.)

Ou bien encore si le mari abuse de son droit pour changer sans raisons de domicile conjugal.

« Lorsque le mari avait promis à sa future épouse

de fixer le domicile conjugal dans une installation luxueuse qu'elle possédait dans une ville, et qu'après le mariage il a voulu le transférer dans un modeste appartement qu'il occupait lui-même avec sa mère dans une autre ville, et cela sans motif légitime, dans l'unique but de reprendre dans cette dernière ville sa vie de célibataire, d'y renouer des relations adultères, et alors que cette dernière installation n'était conforme ni aux besoins, ni à la situation sociale, ni aux ressources de la femme, les juges du fond peuvent considérer que le mari a abusé de son droit et reconnaître à cet abus, joint à certaines autres circonstances, un caractère gravement injurieux, suffisant pour justifier la demande en divorce de la femme. » (Cass. req., 16 juill. 1923, *Gaz. Trib.*, 23. 1. 242.)

§ II. — Le mari est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

1° LE MARI EST OBLIGÉ DE RECEVOIR SA FEMME. — Quels moyens la femme peut-elle employer pour contraindre son mari à la recevoir ? En particulier, peut-elle réclamer l'emploi de la force publique ?

Sur ce point, la jurisprudence est hésitante.

Elle a commencé par refuser ce moyen à la femme.

« Le mari obligé de recevoir sa femme dans son domicile et de la traiter maritalement ne remplit pas cette obligation en abandonnant à sa femme une portion de l'appartement qu'il occupe, en mettant une domestique à sa disposition exclusive, et en lui

accordant une somme déterminée pour sa subsistance et ses besoins. » Et le tribunal refusa à la femme le droit de se faire recevoir de force par son mari (Cass., 20 janv. 1830, S., 30. 1. 99; dans le même sens, Paris, 7 janv. 1903, D., 1903. 1. 16).

De nos jours, les tribunaux paraissent accorder à la femme l'emploi de la *manu militari*.

« Attendu, en effet, que la femme légitime, soit de sa volonté, soit par le rejet d'une demande en divorce, peut toujours se présenter dans l'une et l'autre occurrence au domicile marital, s'y faire recevoir et mettre le mari en demeure de chasser la concubine. » (Colmar, 23 févr. 1926, S., 26. 2. 28.)

Et : « La femme à qui le mari, à la suite du rejet de la demande en divorce formée par lui, a refusé l'entrée du domicile conjugal qu'elle prétendait réintégrer avec l'enfant dont la garde lui avait été confiée au cours de l'instance, est fondée à demander en justice l'autorisation de réintégrer le domicile avec l'aide de la force publique. Cette autorisation constitue une mesure d'ordre tendant à assurer l'exercice d'une obligation légale imposée à la femme. » (Lyon, 14 mai 1920, D. P., 20. 2. 128.)

2° LE MARI EST OBLIGÉ DE FOURNIR A SA FEMME TOUT CE QUI EST NÉCESSAIRE POUR LES BESOINS DE LA VIE, SELON SES FACULTÉS ET SON ÉTAT. — La jurisprudence tend de plus en plus à assurer strictement l'observation de ce devoir.

Plusieurs arrêts en font foi.

« Si, en principe, la femme mariée ne peut se soustraire au devoir de cohabitation, cette obligation est corrélatrice aux devoirs du mari vis-à-vis d'elle.

» Dès lors, elle peut se soustraire à ce devoir si le mari ne remplit pas ses obligations.

» Spécialement, la femme ne peut être tenue d'habiter avec son mari qu'autant qu'il la reçoit dans un logement convenable, pourvu de tous les objets nécessaires à son usage.

» De même, la cohabitation ne peut être imposée à la femme si elle est, de la part de son mari, l'objet de mauvais traitements, d'outrages, d'injures graves ou de sévices.

» Et elle n'est pas tenue, pour mettre fin à cette cohabitation, de former une demande en séparation de corps ou en divorce. » (Bastia, 20 mai 1902, D., 1904. 5. 416.)

« Le refus de la femme de rejoindre son mari ne constitue pas une injure grave lorsque ce refus est inspiré surtout de la préoccupation de n'exposer ni ses enfants, ni elle-même à tout l'inconnu d'une existence où les besoins matériels de chacun ne se trouveraient nullement garantis, alors du moins que dans la ville où le mari était antérieurement fixé, la femme occupe un emploi stable, qui lui assure les moyens de satisfaire à l'entretien et à l'éducation de ses enfants.

» En revanche, le fait pour le mari, après avoir quitté la ville où il habitait en laissant sa femme sans ressources, si bien que celle-ci a dû, seule et à l'aide de son travail, faire face à ses besoins et à ceux

de ses enfants, d'avoir émis la prétention abusive, en l'état de précarité de ses ressources, d'avoir sa femme auprès de lui et de lui faire abandonner sa situation, est en soi injurieux et permet à la femme de faire revivre des griefs anciens éteints par une réconciliation. » (Lyon, 22 nov. 1933, S., 34. 2. 36, 2^e cahier.)

§ III. — Observations critiques.

Ces décisions jurisprudentielles, que nous avons reproduites, sont-elles inspirées par un principe commun ? Peut-on relever entre la diversité des cas d'espèce un fil directeur qui permette d'expliquer les divergences des arrêts ?

Tout d'abord, nous pouvons affirmer que la jurisprudence n'a jamais négligé, toutes les fois qu'elle en a trouvé l'occasion, de proclamer l'existence et la légalité de la puissance maritale. L'attachement des tribunaux au principe de l'autorité maritale est donc certain. Mais appliquent-ils ce principe avec toute la rigueur qu'ils semblent de prime abord lui accorder ?

Nous n'hésitons pas à répondre non.

De jour en jour, les limites apportées aux droits du mari et les concessions à l'indépendance de la femme sont plus fréquentes et s'étendent à des domaines divers.

Comment expliquer cette attitude de la jurisprudence ?

M. Henri Vialleton ⁽¹⁾ a donné l'appréciation suivante :

(1) *L'autorité maritale sur la personne de sa femme, Etude critique de jurisprudence*, thèse Montpellier, 1919.

« Comment faire la distinction dans l'imprécision des textes, comment définir et limiter l'étendue des pouvoirs et des droits en conflit, alors que nous devons reconnaître le droit légal à la prépondérance du mari et que nous ne pouvons admettre l'esclavage de la femme ? Toutes les constructions dans cet ordre d'idées sont arbitraires si on ne les rattache pas à un principe. Ce principe ne peut être que l'abus du droit. Il est de nécessité logique d'y avoir recours. »

Il nous semble que cette opinion est l'expression de la vérité, et que la lecture des arrêts récents que nous avons rapportés ne peut que nous confirmer dans cette idée. Nous retrouvons en la matière tous les éléments de l'abus du droit, et si le préjudice causé à la femme par l'inconduite de son mari n'est pas toujours matériel, peut-on soutenir que les peines morales ne sont pas parfois les plus graves, et que les causer volontairement ne constitue pas pour le mari un abus de sa puissance ?

Il est une autre tendance de la jurisprudence que nous voulons signaler : c'est son scepticisme vis-à-vis des moyens qu'elle ordonne. De nos jours, si doctrine et jurisprudence affirment encore le principe de l'autorité maritale et de la nécessité de son observation, elles n'y attachent plus que la valeur d'un principe qu'on proclame par habitude, par tradition, par respect pour de longs siècles de coutumes.

Telles sont, croyons-nous, les conclusions à tirer de l'étude jurisprudentielle des articles 212 à 214.

CHAPITRE IV

EXAMEN CRITIQUE DE L'INTERPRETATION DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE DES ARTICLES 212 A 214

Après avoir retracé les opinions de la doctrine et de la jurisprudence sur les articles 212 à 214, nous devons maintenant en faire un examen critique. Comment les esprits formés en dehors des études juridiques apprécient-ils les articles 212 à 214 ? Et dans le monde du droit lui-même, ne s'est-il trouvé personne pour porter sur eux des jugements dénués de bienveillance ? Nous allons voir que la réglementation du Code sur les droits et les devoirs respectifs des époux est loin d'avoir rencontré une approbation unanime. Les thèses féministes lui sont complètement opposées. C'est dans l'examen de quelques passages choisis parmi les auteurs gagnés à la cause du féminisme qu'il faut chercher l'expression des critiques relatives aux articles 212 à 214. Nous diviserons notre étude en deux sections. La première sera consacrée aux idées féministes sur les droits et les devoirs des époux pendant la Révolution. La seconde retracera l'évolution de ces idées chez les esprits contemporains.

SECTION PREMIERE

LES CRITIQUES RELATIVES AUX DROITS ET AUX DEVOIRS DES ÉPOUX PENDANT LA RÉVOLUTION

Les principes révolutionnaires de 1789 et les théories égalitaires étaient surtout de l'ordre politique. Mais c'était aussi un mouvement d'idées tout à fait général, intéressant de multiples domaines. Les rapports conjugaux et la conception que s'en faisaient les hommes de 1789 devaient nécessairement subir l'influence du milieu et des théories ambiantes. Nous avons vu par l'étude des divers projets de Cambacérès quelles furent les conséquences législatives de l'évolution des idées sur notre sujet. Il s'agit maintenant de retracer les critiques dont fut l'objet l'organisation du mariage dans l'Ancien Régime. C'est dans ces critiques qu'il faut, en effet, rechercher l'origine des théories féministes actuelles (1).

§ I. — Les cahiers des Etats généraux. Les brochures. Les pétitions. Les journaux. Les statistiques.

1^o *Considérations générales.* — Lorsqu'on entreprend des recherches dans les documents de l'époque, on est forcé de faire la remarque suivante. Au premier

(1) Julien Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille*, Paris, 1928; Alfred Ressens, *Les revendications des droits de la femme au point de vue politique, civil, économique, pendant la Révolution*, thèse Toulouse, 1903; Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*, thèse Paris, 1901; Léon Abensour, *Histoire générale du féminisme des origines à nos jours*, Paris, 1921, p. 178; Turgeon, *Le féminisme français*, Paris, 1902, 2 vol.; Poirier, *L'infériorité sociale de la femme et le féminisme*, thèse Paris, 1900-1901.

abord, il semble que la littérature relative à l'organisation du mariage soit très abondante. Et d'après les titres donnés à ces ouvrages, on croit trouver très vite toutes sortes de critiques concernant les droits du mari sur la personne de sa femme. Il n'en est rien ou presque. Les rapports entre époux, tels qu'ils sont réglementés, ne suscitent que très peu de réclamations. De quel ordre sont donc les plaintes féminines ?

Les plus fréquentes protestations s'appliquent aux droits politiques. Les sentiments patriotiques et civiques sont alors très exaltés. Les femmes veulent participer au mouvement général, et souffrent de leur éloignement des affaires publiques. Dès 1789 apparaissent la « *Protestation des dames françaises contre la tenue des Etats généraux* », puis la « *Requête des femmes pour leur admission aux Etats généraux* », enfin la « *Requête des dames à l'Assemblée nationale* ». L'auteur de cette dernière brochure s'étonne que les représentants de la nation aient laissé subsister cet antique abus, celui qui exclut « des places, des dignités, des honneurs, et surtout du droit de siéger aux assemblées la plus belle et la plus aimable moitié des habitants de ce vaste royaume ».

« L'Assemblée nationale, voulant réformer le plus grand, le plus universel des abus, et réparer les torts d'une injustice de six mille ans, a décrété et décrète ce qui suit :

« ARTICLE PREMIER. — Tous les privilèges du sexe masculin sont entièrement et irrévocablement abolis dans toute la France.

» ART. 2. — Le sexe féminin jouira toujours de la même liberté, des mêmes avantages, des mêmes droits et des mêmes honneurs que le sexe masculin.

.....

» ART. 6. — Toutes les personnes du sexe féminin pourront être admises indistinctement aux assemblées de district et de département, élevées aux charges municipales, et même députées à l'Assemblée nationale, lorsqu'elles auront les qualités exigées par la loi des élections. Elles y auront voix consultative et délibérative.

.....

» ART. 8. — Elles pourront aussi être promues aux offices de magistrature. »

Il parut d'ailleurs bien d'autres brochures : *Griefs et plaintes des femmes mal mariées*; *Vue législative sur les femmes* adressée à l'Assemblée nationale par Mlle Godin, fille d'un citoyen de Genève; *Du sort actuel des femmes*; *Les étrennes nationales des dames*; *Les très humbles remontrances des dames françaises*; *Les demandes des femmes aux Etats généraux*, par l'auteur *Des femmes comme il convient de les voir*; *Cahier des plaintes et doléances des dames de la Halle et des marchés de Paris*, où « ces femelles besoigneuses, trimant la galère, tirant le diable par la queue, ayant ben de la peine et maugré tout regardées moins que des zéros en chiffres », font entendre leurs réclamations.

En dehors du point de vue politique, les femmes se plaignent de la situation économique qui leur est

faite. Il leur est impossible de trouver du travail, les emplois même de caractère féminin étant réservés aux hommes. C'est ce qui ressort nettement de la *motion de la pauvre Javotte, députée des pauvres femmes* (1790). Dès 1789, une pétition adressée au roi demandait que les hommes « ne puissent exercer, sous aucun prétexte, des métiers qui devaient être l'apanage des femmes, soit couturière, brodeuse, marchande de modes... ». « Que l'on nous laisse au moins l'aiguille et le fuseau, nous nous engageons à ne manier jamais ni le compas, ni l'équerre. » Pour échapper à leur servitude économique, les femmes réclament le droit à une instruction aussi poussée que celle des hommes. Dans le *Cahier des doléances et réclamations des femmes*, par Mme B. B..., nous trouvons : « Vous qui allez devenir les arbitres du bien et du mal, occupez-vous à changer les règles de notre éducation. Ne nous élevez plus comme si nous étions destinées à faire les plaisirs du sérail... Ne nous privez pas des connaissances qui peuvent nous mettre à même de vous aider, soit par nos conseils, soit par nos travaux. » Dans une autre brochure, la même idée est formulée : « Faites attention, Messieurs, que nous ne demandons pas la supériorité, peut-être y serions-nous fondées, mais au moins l'égalité... Si vous ne nous permettez pas d'entrer dans les Assemblées, si vous nous excluez des Etats généraux, au moins cessez d'éteindre en nous, par une étroite éducation, le feu du génie et l'énergie du sentiment. »

Dans l'ordre civil, l'attention des femmes est sur-

tout attirée par le principe d'indissolubilité, et les réformes qu'elles demandent en matière de mariage se rapportent presque toutes à l'établissement du divorce. Les brochures et les publications de tout genre sont ici extrêmement nombreuses. Les arguments invoqués en faveur du divorce sont parfois curieux. Dans les *Griefs et plaintes des femmes mal mariées*, l'auteur anonyme invoque l'intérêt des enfants : « Etres intéressants et chers, venez plaider la cause du divorce, elle est aussi la vôtre. »

M. Martin⁽¹⁾ cite dans sa thèse, au titre des documents inédits, une demande d'addition à la loi sur le divorce, anonyme et sans date, et d'après laquelle l'aristocratie est mise au rang des causes de divorce.

« L'aristocratie est ce vil sentiment qui sacrifie tout, jusqu'à la patrie, à des affections personnelles, telles que l'intérêt particulier, l'orgueil, l'amour-propre, la vanité, l'égoïsme.

» C'est le plus dangereux de tous les sentiments, uniquement occupé de conjurations, de vengeances ou de crimes...

» La loi du divorce met la démence, la folie, la fureur, la condamnation à des peines afflictives et infamantes, et les crimes, sévices ou injures graves au nombre des motifs déterminés qui peuvent résoudre, de plein droit, le mariage, en s'adressant à l'officier public, sans éprouver les longueurs des délais qu'elle prescrit. Il n'y est pas dit un mot de l'aristocratie, quoiqu'elle eût tous les caractères de ces différents motifs de divorce...

(1) Olivier Martin, *op. cit.*

» L'aristocratie a donc tous les caractères des principaux motifs de divorce qui emportent de plein droit la résolution du mariage. Il ne lui manque que d'être exprimée dans la loi comme elle l'est déjà par la justice et la vérité, organes de celles-ci. »

Bien d'autres brochures ont trait au divorce : *Réflexions sur le divorce*, par Mme Necker; *Observations sur le divorce*, par d'Entraignes; *Légitimité du divorce*, *Traité physiologique sur le divorce*, etc.

Si nous avons rapporté peut-être un peu longuement quelques-unes des revendications féminines révolutionnaires, c'est que nous voulions montrer combien les préoccupations des femmes de cette époque étaient éloignées de notre sujet. Les plaintes relatives à l'infériorité personnelle de la femme vis-à-vis de son mari sont très rares. Les femmes ne semblent pas souffrir de la situation qui leur est faite dans le mariage. Les mœurs adoucissaient le rigorisme de la loi et, en fait, sinon en droit, la femme française était la plus indépendante, la plus libre de son temps. Aussi son attention n'est-elle pas attirée par une réglementation dont la tradition et les coutumes ancestrales lui ont enseigné le respect. Et, comme remède aux maux inévitables du mariage, elle entrevoit, non pas une réorganisation de la vie familiale sur la base de l'égalité, mais le divorce, qui prononce la dissolution du mariage, tout en laissant intactes les idées anciennes sur la hiérarchie des sexes.

Cependant, il est possible de retrouver quelques

critiques concernant la matière des futurs articles 212 à 214.

2° Dans les cahiers des Etats généraux, les documents sur le mariage sont très rares. Et ceux qui abordent ce sujet réclament uniquement le mariage des prêtres et le divorce. Ainsi font les cahiers du tiers état du district des Théadins, à Paris, le cahier des Chateaudouble, d'après lequel « on demandera l'établissement du divorce comme le seul moyen d'éviter le malheur et le scandale des unions mal assorties et des séparations ».

Mais, parmi les brochures et les pétitions, nous pouvons trouver quelques paroles intéressantes :

« Le 13 février 1792, plusieurs citoyens et citoyennes du département de Paris supplient l'Assemblée législative de mettre des bornes au despotisme paternel et conjugal : « Il faut, disent-ils, faire disparaître » de l'intérieur des maisons le régime des prisons » d'Etat. » Le 1^{er} avril de la même année, la ci-devant baronne d'Aelders se présente à la barre de l'Assemblée, accompagnée de quelques autres dames. Elle demande qu'on prenne en considération « l'avilissement auquel se trouvent réduites les femmes, et » que celles-ci reçoivent la même éducation que les » hommes et soient admises à tous les emplois civils » et militaires. » (1).

Une femme écrit à l'Assemblée nationale : « Depuis le sceptre jusqu'à la houlette, pourquoi les femmes,

(1) Poirier, *L'infériorité sociale de la femme et le féminisme*, thèse Paris, 1900.

nées pour répandre des fleurs sur la vie privée de l'homme, ne reçoivent-elles de lui en récompense que des fers, des tourments et des injustices. »

Dans la *Requête des dames à l'Assemblée nationale*, que nous avons citée plus haut, l'article 4 est ainsi conçu :

« Art. 4. — On n'inscrira plus dans les actes, contrats, obligations, etc., cette clause si usitée et si insultante pour le beau sexe : que la femme est autorisée par son mari à l'effet des présentes, parce que l'un et l'autre doivent jouir dans le ménage de la même puissance et de la même autorité. »

Il y eut sous la Révolution de nombreux journaux féministes : *Le Véritable Ami de la Reine* ou *Journal des Dames*, par une société de citoyennes, fut un des premiers. Puis vinrent *l'Observateur féminin*, *l'Etoile du Matin* ou *les Petits Mots de Madame de Verte-Allure*, *les Annales de l'Education du sexe* ou *Journal des Demoiselles*, *la Gazette des Halles*. Enfin, *le Courrier de l'Hymen*, *journal des Dames*. Toutes ces feuilles sont surtout consacrées aux revendications politiques des femmes. Seul, *le Courrier de l'Hymen*, qui est un journal d'annonces matrimoniales, ouvre ses colonnes aux revendications que les femmes peuvent avoir à formuler contre leurs maris.

Nous ne mentionnerons que pour mémoire les Clubs et les Assemblées de femmes. Ces sociétés pullulèrent sous la Révolution. Mais elles aussi s'occupaient uniquement de questions législatives, politiques et constitutionnelles. Leur nom seul en fait foi : *Société fra-*

ternelle de l'un et de l'autre sexes, Défenseurs de la Constitution, Société fraternelle des deux sexes, Les amies de la loi, société fondée par Théroigne de Méricourt. En 1791 apparaît, sous l'impulsion de Mme d'Aelders, la *Société patriotique et de bienfaisance des amies de la liberté*. Existe également une *Société des amies de la Révolution*. Mais la plus importante de ces sociétés fut la *Société des femmes républicaines révolutionnaires*, fondée en mai 1793, et dont la présidente était Rose Lacombe. Cette société se livra à de tels excès que l'hostilité contre les clubs de femmes s'accrut de jour en jour. Sous la conduite de Rose Lacombe, en effet, les femmes républicaines livrèrent une véritable bataille aux dames de la Halle, restées pour la plupart fidèles royalistes. Ces dernières remportèrent la victoire, mais les troubles fomentés dans la ville émurent l'opinion, et, le 28 brumaire 1793, le procureur Chaumette exprimait son indignation en ces termes à la séance du Conseil général de la commune :

« Depuis quand est-il permis aux femmes d'abjurer leur sexe, de se faire hommes ? Depuis quand est-il d'usage de voir les femmes abandonner les soins pieux de leur ménage, le berceau de leurs enfants pour venir sur la place publique, dans la tribune aux harangues, à la barre du Sénat, dans les rangs de nos armées, remplir les devoirs que la nature a répartis à l'homme seul ? A qui donc cette mère commune a-t-elle confié les soins domestiques ? Est-ce à nous ? Nous a-t-elle donné des mamelles pour allaiter

ter nos enfants ? A-t-elle assez assoupli nos muscles pour nous rendre propres aux soins de la hutte, de la cabane ou du ménage ? Non, elle a dit à l'homme : sois homme. Les courses, la chasse, le labourage, les soins politiques, les fatigues de toute espèce, voilà ton apanage. Elle a dit à la femme : sois femme. Les soins dus à l'enfance, les détails du ménage, les douces inquiétudes de la maternité, voilà tes travaux... » « Tu régneras sur ce qui t'entoure par le charme invincible de la beauté, des grâces et de la vertu !... Au nom de la nature, restez ce que vous êtes, et, loin de nous envier les périls d'une vie orageuse, contentez-vous de nous les faire oublier au sein de nos familles... Autant nous vénérons la mère de famille qui met son bonheur à élever, à soigner ses enfants, autant nous devons mépriser, conspuer la femme sans vergogne qui endosse la tunique virile et fait le dégoûtant échange des charmes que lui donne la nature contre une pique et un bonnet rouge. » (1).

On voit par ces paroles de Chaumette dans quel discrédit était tombée la cause féministe après les excès de Rose Lacombe et de ses amies. Aussi, la Convention nationale interdit-elle les sociétés de femmes. Celles-ci n'avaient été créées que dans un but d'agitation politique. Mais, par les désordres qu'elles suscitérent, elles contribuèrent pour une large part à rendre l'opinion publique hostile aux revendications des femmes et, au XIX^e siècle, les adversaires

(1) Cité par Alfred Ressens et M. Bonnacase, *op. cit.*, p. 100 et 164.

des théories féministes invoqueront les incidents provoqués par la participation des femmes révolutionnaires à la vie publique, comme un argument très fort en leur faveur.

3° Il est intéressant, en notre matière, de rechercher quel fut le nombre des mariages et des divorces durant la période révolutionnaire. Nous serons ainsi à même d'apprécier dans quelle mesure était appliquée la législation du mariage, et nous pourrons constater, par le nombre des divorces, si une réforme s'imposait, et dans quelle mesure étaient respectés les droits et les devoirs respectifs des époux.

Nous empruntons les chiffres que nous allons citer à la remarquable étude de M. Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, thèse Paris, 1901.

De 1793 à l'an V, le chiffre des mariages fut environ de 6.000 à 7.000. A partir de l'an VIII, le nombre des mariages diminua et passa de 3.000 à 4.000 de l'an VIII à l'an X. Les divorces sont d'abord très fréquents, 1 pour 3 mariages en 1793, 1 pour 5 mariages dans les premiers mois de l'an II, 1 pour 2 mariages environ ensuite. On voit que la proportion est effrayante. En l'an IV et en l'an V, il n'y a plus que 1 divorce pour 5 mariages. Mais la courbe se releva en l'an VIII pour revenir en l'an X à la proportion de 1 divorce pour 3 mariages.

Mais la fréquence des divorces concerne surtout Paris et les grandes villes. Dans ces dernières, on trouve environ un divorce pour 20 ou pour 10 maria-

ges. Dans les départements et les campagnes, le nombre des divorces resta très faible. En Seine-et-Marne, 3 divorces seulement pour 1.438 mariages. En Eure-et-Loir, 24 divorces pour 2.612 mariages.

On voit par ces quelques chiffres, que M. Martin s'est procurés grâce aux relevés statistiques du *Moniteur* et par une enquête personnelle auprès des divers bureaux d'état civil de France, que si la crise du mariage sévit dans toute sa rigueur et sa gravité, ce fut surtout dans la capitale. Les campagnes restèrent fidèles aux antiques traditions, et s'il y eut, là comme ailleurs, des ménages malheureux et désunis, le respect des vieilles coutumes assura malgré tout la perpétuité du mariage. Et c'est pourquoi nous trouvons si peu de réclamations concernant les droits et les devoirs respectifs des époux.

Cependant une remarque s'impose : si les femmes de l'époque révolutionnaire n'expriment guère de plaintes relativement à la situation qui leur est faite dans le mariage, il reste vrai que ce sont elles qui demandèrent le plus fréquemment le divorce. A Paris, de 1793 au 29 prairial de l'an III, 2.124 divorces furent réclamés par les hommes et 3.840 par les femmes. On peut en conclure que si les femmes étaient silencieuses, elles n'en étaient pas moins mécontentes de leur situation vis-à-vis de leurs maris !

§ II. — Les théoriciens.

Durant la période révolutionnaire, bien des auteurs vont entreprendre de défendre la cause féminine, en

des ouvrages qui ne sont plus de simples brochures, mais des travaux de longue haleine. Plusieurs vont dévouer leur vie entière à une cause qu'ils jugent vraie, et dont le côté chevaleresque et sentimental les a séduits. Nous allons rechercher quelles furent leurs opinions sur l'organisation des rapports conjugaux.

I. — CONDORCET.

Ses œuvres eurent une grande importance et seront plus tard invoquées par tous les auteurs féministes. C'est le premier grand précurseur de ce mouvement.

En 1786, Condorcet avait épousé par amour une femme d'une grande beauté et d'une intelligence supérieure, pour laquelle il éprouva une violente passion. Mme de Condorcet tenait un des salons les plus fréquentés de Paris. C'est en constatant les dispositions de sa femme pour les discussions politiques et pour tous les travaux intellectuels et artistiques que Condorcet devint le défenseur convaincu de l'égalité des sexes.

Ses idées sur le mariage sont dispersées dans ses divers ouvrages : *Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie*, *Essai sur la constitution et la fonction des assemblées provinciales*, un article sur l'*Admission des Femmes au droit de cité*, et surtout l'*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*.

Il écrit :

« Mais, dit-il, songez qu'il s'agit des droits de la moitié du genre humain, droits oubliés par tous les

législateurs; qu'il n'est pas inutile, même pour la liberté des hommes, d'indiquer le moyen de détruire la seule objection qu'on puisse faire aux Républiques, et de marquer entre elles et les Etats non libres une différence réelle...

» Il faudrait ou prouver que les droits naturels des femmes ne sont pas absolument les mêmes que ceux des hommes, ou montrer qu'elles ne sont pas capables de les exercer.

» N'est-ce pas en qualité d'êtres sensibles, capables de raison, ayant des idées morales, que les hommes ont des droits ? Les femmes doivent avoir absolument les mêmes, et cependant jamais, dans aucune constitution appelée libre, les femmes n'ont exercé le droit de citoyen. Les femmes, dit-on, ne sont pas conduites par la raison, mais leurs intérêts n'étant pas les mêmes par la faute des lois, les mêmes choses n'ayant pas pour elles la même importance que pour nous, elles peuvent, sans manquer à la raison, se déterminer par d'autres principes et tendre à un but différent. Il est aussi raisonnable à une femme de s'occuper des agréments de sa figure, qu'il l'était à Démosthène de soigner sa voix ou ses gestes.

» Il est donc injuste d'alléguer, pour continuer de refuser aux femmes la jouissance de leurs droits naturels, des motifs qui n'ont une sorte de réalité que parce qu'elles ne jouissent pas de ces droits. »

En ce qui concerne « la dépendance où sont les femmes de leurs maris », cela ne doit pas être examiné pour leur refuser des droits civiques. « Jamais

une injustice ne peut être un motif d'en commettre une autre. »

D'ailleurs, dans le mariage comme dans tous les domaines, il doit y avoir égalité, ou du moins suprématie du plus digne, homme ou femme.

« Je vois, dit Condorcet, une inégalité nécessaire et juste dans une société de deux personnes, celle qui naît de la nécessité d'accorder une voix prépondérante dans le petit nombre de cas où, en même temps, la nécessité d'agir ne permet pas d'attendre la réunion de deux volontés. Encore serait-il bien difficile de supposer que cette voix prépondérante dût, pour la totalité de ces cas très rares, appartenir nécessairement à l'un des deux sexes ? Il paraîtrait beaucoup plus naturel de partager cette prérogative et de donner soit à l'homme, soit à la femme, la voix prépondérante, pour les cas où il est plus probable que l'un des deux conformera sa volonté à la raison. »

II. — OLYMPE DE GOUGES. — Mme D'AELDERS.

Née à Montauban en 1733, elle divorça rapidement d'un mariage contracté à l'âge de 18 ans, et se consacra à la diffusion des idées révolutionnaires. Elle fit représenter des drames et des comédies, créa le premier journal féministe, *l'Impatient*, et termina une vie agitée sur l'échafaud en 1793. Elle rédigea la *Déclaration des Droits de la Femme*.

« La femme, y est-il dit, naît libre et demeure égale à l'homme en droit; les distinctions sexuelles

ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. Le but de toute association est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de la femme et de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété, la sûreté, et surtout la résistance à l'oppression. Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation, qui n'est que la réunion de la femme et de l'homme. L'exercice des droits naturels de la femme n'a de bornes que la tyrannie perpétuelle que l'homme lui oppose. Ces bornes doivent être réformées par les lois de la nature et de la raison. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions; la femme a le droit de monter à l'échafaud, elle doit avoir également celui de monter à la tribune, pourvu que ses réclamations ne troublent pas l'ordre établi par les lois. »

Mme d'Aelders était une baronne hollandaise, venue à Paris, attirée par le mouvement d'idées qu'avait créé la Révolution. Elle s'occupa de la diffusion des idées féministes et réclama surtout l'égalité politique des sexes. Elle fut la première à concevoir l'existence possible d'une fédération des sociétés de femmes de Paris et de province.

Elle prononça, en 1791, un grand discours au *Cercle social*.

« On voit partout, dit-elle, que les lois sont en faveur des hommes aux dépens des femmes. » Cette différence repose uniquement « sur l'abus de la force dans les siècles d'ignorance ». Quant au rôle qu'on a réservé aux femmes, il est facile de le définir; on s'est

contenté d'en faire des instruments de plaisir pour les hommes. On leur permet seulement d'être épouses et mères et, par la faute des hommes, ces devoirs, qu'elles rempliraient avec joie, ressemblent à un pénible esclavage. « Quoi de plus injuste ! Notre vie, notre liberté, notre fortune, ne sont point à nous. »

« Que notre sainte révolution, qu'on doit aux progrès de la philosophie, opère une seconde révolution dans nos mœurs; que l'appareil de la sévérité si déplacée envers nous, et que la vraie philosophie condamne, fasse place à la loi douce, juste et naturelle; que votre amour, votre amitié, vos suffrages, soient dorénavant la récompense des citoyennes vertueuses; que des couronnes civiques remplacent sur ces têtes intéressantes les misérables pompons, symboles de la frivolité, et les signes honteux de notre servitude. » (1).

Enfin, en 1791, Mme d'Aelders fit paraître un *Appel aux Françaises sur la régénération des mœurs et nécessité de l'influence des femmes dans un gouvernement libre*. A la suite de cette brochure, elle fut admise, le 1^{er} avril 1792, à la barre de l'« Assemblée législative », et prononça un important discours, où elle faisait un long éloge des vertus féminines et réclamait l'égalité politique des sexes.

Mme d'Aelders disparut de la scène révolutionnaire on ne sait trop comment; probablement fut-elle effrayée par la Terreur, et la crainte de l'échafaud la fit sans doute regagner son pays natal.

(1) Ressens, *op. cit.*, p. 110.

III. — SAINT-JUST.

Cet esprit chimérique et sentimental est un des rares auteurs révolutionnaires qui envisage la question du droit des femmes, du point de vue du mariage et des droits et des devoirs respectifs des époux. Il critique notamment, dans *l'Esprit de la Révolution et de la Constitution*, la différence que fait la loi entre l'adultère du mari et celui de la femme.

« On a dit que la dépendance naturelle de la femme rendait son infidélité plus coupable que celle du mari. Ce n'est point ici tout à fait que je veux examiner si cette dépendance est naturelle ou politique; je prie seulement qu'on y réfléchisse; mais je veux une bonne fois qu'on m'explique pourquoi le mari qui met des enfants adultérins dans la maison d'un autre ou de plusieurs autres, est moins criminel que la femme, qui n'en peut mettre qu'un dans la sienne. Il y a un contrat entre les époux (je ne parle pas du contrat civil); le contrat est nul si quelqu'un y perd; dire que l'époux infidèle n'est pas coupable, c'est dire qu'il s'est réservé, par le contrat, le privilège d'être mauvais. »

Et, dans ses *Fragments sur les institutions républicaines*, il écrit : « Chez les peuples vraiment libres, les femmes sont libres et adorées, et mènent une vie aussi douce que le mérite leur faiblesse intéressante. Je me suis dit quelquefois, dans la capitale : « Hélas ! » chez ce peuple esclave, il n'est point une femme » heureuse, et l'art avec lequel elles ménagent leur

» beauté ne prouve que trop que notre infamie leur
» a fait quitter la nature; car, à la modestie d'une
» femme, on reconnaît la candeur de son époux. » (2).

IV. — AUTRES AUTEURS.

Ils sont encore nombreux ceux qui écrivirent sur la question féministe pendant la Révolution. Mais, ainsi que nous l'avons fait remarquer, presque tous n'envisagent que le point de vue politique. Il en est ainsi notamment de l'Anglais David Williams. Celui-ci avait reçu le titre de citoyen français, et fut appelé à Paris par les Girondins pour collaborer à la Constitution. Dans ses *Observations sur la dernière Constitution de la France, avec des vues pour la formation de la nouvelle Constitution*, il réclame pour les femmes une éducation meilleure et l'accès à certaines judicatures.

Par l'ampleur qu'il donna à sa discussion, le citoyen Guyomar, député à la Convention nationale pour le département des Côtes-du-Nord, est plus intéressant pour notre sujet. Il écrivit : « *Le partisan de l'égalité politique entre les individus, ou problème très important de l'égalité en droits et de l'inégalité en fait.* » (3).

Il critique ainsi la différence qu'on fait entre les sexes :

« Ou je me trompe lourdement; ou une peau blan-

(2) Cité par Alfred Ressens, *op. cit.*, p. 51.

(3) Alfred Ressens, *op. cit.*, p. 88 et s.

che, ou noire, ne caractérise pas plus l'exclusion à la souveraineté qu'un sexe mâle; féminin. D'où je conclus que la supériorité que les hommes affectent par le fait sur les femmes est aussi attentatoire à la justice qu'à la souveraineté.

» L'immortelle Déclaration des Droits contient une mortelle exclusion... et je vois alors une caste privilégiée, une aristocratie formelle des hommes; non, je ne puis le croire, d'après l'idée que je me forme de l'égalité, source pure de la justice, de la raison, de l'humanité. »

Terminons en disant quelques mots des théories de Babeuf sur les femmes et le mariage. Nous nous attendions à trouver chez ce précurseur des doctrines communistes des idées féministes avancées. Il n'en est rien. Babeuf se borne à dire que les femmes semblent avoir reçu de la nature « le don de calmer la violence des passions, d'adoucir les maux de l'humanité, et de donner un plus grand prix à la pratique de la vertu ». Il ne voit dans la femme que l'épouse, la mère et l'éducatrice.

§ III. — Observations critiques sur l'œuvre révolutionnaire.

Dans l'exposé que nous venons de faire des doctrines féministes sous la Révolution, nous n'avons trouvé que peu de critiques se rapportant directement à la matière des articles 212 à 214. Les femmes et leurs ardents défenseurs, lorsqu'ils réclament l'égalité des sexes, pensent surtout à l'égalité politique et

ne songent guère à se plaindre de la situation subordonnée faite dans la famille aux épouses françaises. Les cahiers des Etats généraux sont muets sur les droits et les devoirs des époux. Quelques brochures ou articles de journaux traitent accessoirement du sujet. Mais ce dernier, nous pouvons l'affirmer, n'est pas parmi les questions brûlantes du moment. D'autres affaires plus graves absorbent l'attention. Et seuls quelques esprits abstraits, tel que Condorcet, songent à exprimer un avis sur la réglementation à donner aux rapports conjugaux. L'immense masse de la population française, celle de la bourgeoisie et des cultivateurs, reste attachée aux vieux principes qui régissent depuis des siècles le mariage. La soumission de la femme au mari semble toute naturelle, et le peuple ne songe pas à s'en plaindre. Le mariage continue dans les campagnes à être une institution respectée. La rareté des divorces prononcés dans les départements prouve ce que nous avançons.

Il n'en est pas de même dans les grandes villes et surtout à Paris. Le mariage y subit une crise effroyable. Le nombre des divorces était effrayant. La dissolution des mœurs atteignit un degré digne des temps barbares.

« L'étranger, a-t-on pu écrire, est surtout stupéfait du débordement des mœurs. La famille est détruite. Elle était sous l'Ancien Régime le fondement de la société... Le triomphe de l'esprit civique a émancipé fils et filles... Sous le Directoire, parents et enfants vivent sur un pied de camaraderie familiale, qui plus

que tout stupéfie les revenants de l'émigration. Aussi bien pères et fils ne se fréquentent guère. Le foyer est en pièces ⁽⁴⁾.

» On épouse successivement plusieurs sœurs; un citoyen, par une pétition aux Cinq-Cents, demande à épouser la mère de ses deux femmes successives. L'abus est tel et les suites si démoralisantes que les Cinq-Cents se sont émus : en nivôse an V, on a apporté à la tribune une chronique dont on ne sait si on doit en pleurer ou en rire; mais on n'a pu trouver aucun palliatif. La famille se dissout. Cependant on célèbre en grande pompe la fête des époux le 10 floréal, la fête de la piété filiale le 16 pluviôse. Vraie comédie ! » ⁽⁵⁾.

Nous avons vu d'autre part que Cambacérès inscrivit dans ses deux premiers projets de Code civil la suppression de la puissance maritale et de la puissance paternelle. Le mariage n'est plus considéré que comme un contrat civil. En conséquence, le 20 septembre 1792, le divorce fut établi par la volonté d'un seul. Les décrets du 8 nivôse an II et du 4 floréal an II vinrent supprimer les délais d'épreuve exigés pour obtenir le divorce. Le 18 brumaire an II, les enfants naturels obtiennent des droits successoraux égaux à ceux des enfants légitimes. Il est bientôt défendu d'avantager les enfants légitimes (17 nivôse an II).

(4) Madelin, *La Révolution*, 2^e éd., 1913, p. 492, cité par Bonnecase, *Philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille*, p. 89.

(5) Madelin, *op. cit.*, p. 493, cité par J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 89.

Il est facile de voir à quel point la Révolution française bouleversa les conceptions traditionnelles sur la famille et le mariage. Par une conséquence logique des théories égalitaires, elle ne voit que l'individu et ses droits, abstraction faite du milieu social où il vit. Et c'est à ce désaccord profond que nous venons de montrer entre les principes égalitaires de 1789 appliqués à la famille, et les conceptions et vieilles coutumes de la grande masse des populations, qu'il faut attribuer la durée éphémère des réformes révolutionnaires sur le mariage et la puissance maritale.

Mais il n'en reste pas moins vrai que c'est à l'époque de la Révolution française qu'il faut rechercher les origines immédiates du mouvement féministe, et que les critiques fréquentes au XIX^e siècle sur les articles 212 à 214 s'appuieront souvent sur des faits ou des idées de cette époque.

SECTION II

LES CRITIQUES RELATIVES AUX DROITS ET AUX DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX DEPUIS LA RÉVOLUTION

§ I. — Sens général de ces critiques.

Nous avons successivement exposé au cours de notre étude les opinions doctrinales sur les articles 212 à 214 et les solutions jurisprudentielles données à ces articles. Nous venons de retracer les origines du mouvement féministe sous la Révolution et

nous avons cherché à montrer dans quelle mesure ce mouvement s'est occupé des droits et des devoirs respectifs des époux. Il s'agit maintenant de rapporter les critiques suscitées à notre époque par les articles 212 à 214. Elles sont nombreuses et ont donné naissance à des ouvrages considérables s'étendant dans tous les domaines : philosophique, sociologique, moral, littéraire ou purement juridique. Nous avons cherché à prendre connaissance de cette abondante littérature, et dans notre bibliographie nous en donnons une nomenclature aussi complète qu'il nous a été possible.

Il serait long autant que fastidieux de rendre un compte exact de tous ces travaux et de les analyser tour à tour. Il est préférable, nous semble-t-il, d'exposer ici les réflexions et les conclusions que nous ont inspirées nos lectures. Nous nous réservons d'ailleurs dans un second paragraphe, et selon la méthode que nous avons adoptée, de prouver ce que nous allons avancer, par quelques extraits des principaux auteurs ayant au ^{xix}^e siècle traité des articles 212 à 214.

Une question se pose tout d'abord : Y a-t-il eu évolution dans les idées concernant les articles 212 à 214, et si oui dans quel sens s'est produite cette évolution ?

Nous n'hésitons pas à répondre : Oui, il y a eu un mouvement certain sur les articles 212 à 214, et ce mouvement s'est produit dans un sens irrespectueux chaque jour plus accentué contre la réglementation actuelle des rapports entre époux.

Nous avons vu au commencement de notre étude quelle approbation unanime les articles 212 à 214 rencontraient dans la doctrine au début du XIX^e siècle. Et nous nous rappelons encore les paroles intransigeantes de Demolombe.

En dehors des grands traités de Droit civil, nous rencontrons d'ailleurs le même enthousiasme.

C'est ainsi que Paul Janet⁽⁶⁾ explique pourquoi au mari seul appartient l'autorité familiale. Il classe par ordre de prééminence les causes des pouvoirs supérieurs accordés à l'homme :

1^o L'homme a pour lui la force physique. Si « la force n'est pas le principe de l'autorité, elle en est la condition »;

2^o Les qualités propres de la raison virile sont précisément celles qui ont le plus de rapport avec les attributs du commandement : « L'homme a l'esprit plus étendu; même lorsqu'il ne sait pas grand'chose, il sait encore plus que la femme dans les mêmes conditions. Il a plus de suite dans les idées, il est plus capable de raisonnement. Il est plus impartial, il juge sans prétentions et sans passions. La femme n'est ni son esclave, ni sa servante, ni sa sujette, mais elle est sa subordonnée dans l'ordre du droit, tout en étant son égale dans l'ordre moral. »

Dans tous les ouvrages anciens, nous retrouvons

(6) Paul Janet, *La famille, leçons de philosophie morale*, ouvrage couronné par l'Académie française. A Paris, chez Michel Lévy, 1861, chap. II, p. 25.

d'ailleurs l'opinion des premiers grands commentateurs.

Vazeille écrit, à propos des articles 212 à 214 : « Ces principes de religion et de morale sont aussi des principes de législation... La nature donne le pouvoir à l'homme et enseigne l'obéissance à la femme. La loi ne devait pas contrarier cet ordre naturel... Les tribunaux doivent tendre toujours à fortifier l'autorité du mari et à réprimer la désobéissance de la femme. » (7).

Et d'après Cubain : « Les bases de l'ordre social, a-t-on dit encore avec raison, sont dans les lois de la famille, et la première des lois est celle qui règle l'étendue des droits du mari, lois qui intéressent tellement la société tout entière que non seulement personne n'y peut toucher, mais que ceux mêmes au profit desquels les droits existent ne peuvent consentir à s'en voir enlever la moindre prérogative. » (8).

Tel est le point de départ. L'opinion est, en général, conforme aux passages que nous venons de reproduire.

Mais à mesure que les années passent, tout change et la lecture des ouvrages traitant de notre sujet nous fait pour ainsi dire toucher du doigt les changements qui se produisent dans les conceptions relatives aux articles 212 à 214.

Même dans le domaine strictement juridique, les

(7) Vazeille, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, 1825, t. II, p. 4.

(8) Viaud, *De la puissance maritale*, thèse Paris, 1855.

travaux concernant les articles 212 à 214 sont extrêmement nombreux.

La famille, le mariage, les rapports des époux et leur réglementation par le code sont des sujets qui jouissent d'une grande faveur. Il est facile d'ailleurs d'expliquer cet engouement, car parmi les matières que réglemente notre Code, nulle autre, croyons-nous, ne touche davantage à la philosophie, à la morale, à la littérature. Bien des auteurs se sont laissé attirer par le côté sentimental de la question et, voulant produire une œuvre juridique, n'ont écrit qu'une longue dissertation sur des sujets ne touchant que de très loin au Droit. Mais il est des ouvrages plus sérieux. Aussi bien parmi ceux destinés à l'obtention d'un diplôme de doctorat que parmi les travaux composés en dehors de toute préoccupation scholastique nous avons trouvé sur les articles 212 à 214 des œuvres tout à fait remarquables.

D'une façon générale, avec des variantes dues aux personnalités diverses, ces auteurs exposent à peu près les mêmes idées. On retrouve avec des plans souvent semblables, les mêmes opinions. Qu'est-ce à dire ? La plus grande majorité des auteurs juridiques considèrent comme une nécessité sociale les articles 212, 213, 214. Ils y voient une émanation de la raison humaine et de l'expérience des peuples. Et ils donnent leurs justifications : nécessité d'un chef dans la famille, infériorité morale ou intellectuelle de la femme, maintien des bonnes mœurs.

Mais à mesure que les années s'écoulent, l'intransigeance des auteurs diminue.

Certains essaient de fonder la puissance maritale sur des principes essentiellement différents de ceux invoqués jusqu'alors. Nous voulons parler de la thèse de René André⁽⁹⁾. « Le mari, dit cet auteur, a le droit d'exiger l'obéissance de sa femme. » Mais cette condition d'obéissance a été posée par qui ? Par le mari ? Non, mais par l'Etat. On se trouve en présence d'un cas qu'on pourra appeler stipulation pour autrui, puisque trois personnages se trouvent en présence : le stipulant, c'est-à-dire l'Etat; le tiers bénéficiaire, le mari; le promettant, la femme.

Est-ce une véritable stipulation pour autrui ? En apparence seulement. L'Etat stipule de la femme dans l'intérêt de la société et du mariage. C'est donc une disposition d'ordre public qu'il édicte. Au point de vue de la puissance maritale, ce qui se déduit de ce raisonnement, c'est que le mari est simple bénéficiaire d'une disposition d'ordre public édictée non dans son intérêt mais dans celui de la société. Il n'a donc aucune action directe pour obtenir l'exécution de ses droits. La seule action qui lui reste, c'est l'action générale de l'article 1382 pour obtenir des dommages-intérêts. En un mot, la situation du mari est celle d'un privilégié vis-à-vis de sa femme, comme est le bouilleur de cru par exemple vis-à-vis des autres distillateurs.

(9) René André, *La puissance maritale envisagée quant aux droits du mari sur la personne de sa femme*, thèse Dijon, 1909.

Le moins qu'on puisse dire de cette théorie, c'est qu'elle est osée et originale. Il nous semble qu'elle doit rester au rang de ces brillants paradoxes que l'on écoute avec curiosité mais sans plus. Il n'est pas question dans le mariage de stipulation pour autrui, ni de privilège. Ce sont des constructions juridiques créées pour d'autres besoins, et il serait vain de vouloir les faire servir à l'explication des articles 212 à 214.

Les ouvrages les plus récents accentuent la marque d'une évolution certaine dans les conceptions sur les droits et les devoirs respectifs des époux.

En général, l'emploi de la *manu militari* est repoussé de nos jours et si les auteurs actuels acceptent la puissance maritale et défendent les articles 212, 213, 214, c'est avec des restrictions que l'on ne trouvait pas sous la plume de leurs prédécesseurs. Les prérogatives du mari sont considérées comme une charge plutôt qu'un droit. Aucune autre sanction que le divorce ne paraît efficace.

Donc, même dans le domaine du Droit, pourtant si respectueux de la tradition, un mouvement très marqué s'est produit à propos des articles 212 à 214. Après la promulgation du Code, il ne se trouvait personne pour les critiquer. Ils étaient considérés comme une émanation de la raison, l'expression du Droit naturel. Tels ils étaient inscrits dans le Code, tels ils devaient être, car Dieu les avait ainsi gravés dans la conscience humaine. Et peu à peu nous voyons cette conception se modifier. Au lieu d'être de Droit

naturel, les articles 212, 213, 214, ne sont plus qu'une nécessité, une mesure d'ordre nécessaire à la bonne organisation de la famille et de la société. Le mari n'a plus un droit propre à l'obéissance de sa femme. Ses prérogatives deviennent un devoir. L'épouse doit être soumise non plus en tant que femme mais dans l'intérêt supérieur du mariage.

Et cette conception même disparaît. Devant l'impuissance du Droit à faire respecter certaines des obligations des articles 212, 213, 214, les esprits commencent à réclamer leur suppression. On n'y voit plus que des préceptes de morale qui devraient rester étrangers au Droit.

Sans juger cette évolution, nous ne faisons que la constater. Mais elle nous paraît indéniable. Certes elle n'est pas achevée et bien des dissidences existent. Même à notre époque, tout le monde ne réclame pas l'effacement de la puissance maritale. Il n'en reste pas moins vrai, croyons-nous, que des opinions qui au lendemain du Code n'étaient défendues que par de rares esprits et traitées d'utopies sont aujourd'hui le propre de gens de plus en plus nombreux et trouvent des défenseurs même parmi les auteurs juridiques les plus éclairés.

§ II. — Aperçu sur quelques-unes des critiques formulées au XIX^e siècle contre les articles 212 à 214.

Nous nous proposons, au cours de ce paragraphe, de prouver, par quelques exemples choisis parmi les œuvres des auteurs féministes les plus connus, l'hos-

tilité de plus en plus grande que rencontrent de nos jours les articles 212 à 214. Par les critiques que nous allons reproduire, sera vérifié, nous l'espérons, le bien-fondé de nos appréciations précédentes.

I. — LES SAINT-SIMONIENS.

Il n'est pas inutile de rappeler les idées saint-simoniennes sur la femme et le rôle qui lui est réservé. C'est un mouvement bien curieux dont les théories sur l'union des sexes ne sont qu'utopies et paradoxes. Mais il serait injuste de ne pas rendre hommage au saint-simonisme et de ne pas reconnaître que c'est en grande partie à l'école saint-simonienne qu'est due la très grande expansion qu'a prise de nos jours le mouvement féministe. Ses audacieuses théories semblaient avoir sombré sous le ridicule, et pourtant plusieurs ont été reprises de nos jours, presque sans changement, et s'imposent maintenant à la discussion sérieuse. » (10).

D'après les saint-simoniens, la femme est opprimée par des lois qui sont l'œuvre des hommes. Les sexes sont égaux avec des qualités différentes. Ils se complètent. A eux deux ils forment le couple social. Le mariage est nécessaire. Il sera proclamé par un couple prêtre qui, dans des circonstances exception-

(10) Patureau-Mirand, *De la femme et de son rôle d'après les écrits saint-simoniens*, thèse Poitiers, 1910.

nelles, pourra le dissoudre. Avec les doctrines d'Enfantin, le salut du monde dépend de l'affranchissement de la femme. Il y a deux sortes de nature : celles qui ont des sentiments fixes et celles qui ont des sentiments changeants. Pour les deuxièmes, le couple prêtre pourra dissoudre leur mariage à condition que la nouvelle union consacre un amour progressif. Le couple prêtre devra tout connaître de ses fidèles. En conséquence, les relations sexuelles avec eux seront permises. Le couple prêtre sera composé d'un homme et d'une femme : la mère que les disciples d'Enfantin allèrent chercher sans succès en Orient et en Egypte. De la mère viendra toute la lumière.

II. — STUART-MILL.

Le philosophe anglais est un des grands précurseurs du féminisme. Ses critiques contre l'organisation du mariage sont restées célèbres. Par la netteté et la fougue avec laquelle elles étaient formulées, elles eurent une influence considérable.

C'est en 1867 qu'il fit paraître son grand ouvrage : *Subjection of women* (*L'assujettissement des femmes*).

« L'ouvrage, dont la méthode est rigoureuse, dont la pensée ouvre des horizons d'une infinie largeur, et où la passion se drape, d'une manière bien anglaise, d'humour et d'ironie, est non seulement le meilleur plaidoyer qui, au xix^e siècle, ait été écrit pour les femmes, mais un ouvrage que la sociologie et la lit-

térature devraient considérer comme classique, au même titre que *L'Esprit des lois*. » (11).

Sur les droits et les devoirs respectifs des époux, Stuart Mill écrit : « Le rapport du mari avec sa femme ressemble beaucoup à celui d'un seigneur avec son vassal, sauf cette différence que la femme est tenue à plus d'obéissance envers son mari qu'autrefois le vassal n'en devait à son seigneur.

« Les hommes semblent croire que la prétendue vocation des femmes est ce qui répugne le plus à leur nature et que, si elles avaient la liberté de faire tout autre chose, le nombre des femmes qui accepteraient volontiers la condition qu'on dit leur être naturelle serait insuffisant.

» Dans tout ménage, dit Stuart Mill, un des époux est supérieur à l'autre. Lequel devra obéir ? Sera-ce nécessairement la femme ? Non. Devra être soumis, sans distinction de sexe, celui des deux dont les qualités morales ou intellectuelles se seront révélées comme insuffisantes dans la vie quotidienne. »

III. — LA LITTÉRATURE.

La littérature du xix^e siècle abonde en ouvrages consacrés à l'étude du mariage, des droits de la femme et des rapports des sexes. Il n'est peut-être pas un auteur qui n'ait de près ou de loin abordé la question (12).

(11) Léon Ahensour, *Histoire générale du féminisme*, p. 233.

(12) Poirier, *L'infériorité sociale de la femme et le féminisme*, thèse Paris, 1900, p. 152.

Nous allons citer quelques-unes de leurs opinions.

Bien des auteurs sont des adversaires acharnés du mouvement féministe et les défenseurs convaincus de l'état de choses créé par les articles 212 à 214.

Il en est ainsi de Joseph de Maistre.

« Les femmes ne doivent pas s'adonner à des connaissances qui contrarient leurs devoirs... Dès qu'elle veut émuler l'homme, la femme n'est plus qu'un singe... »

Mais Joseph de Maistre est un ami des femmes si on le compare à Proudhon. D'après ce dernier, « le mariage avait été le projet de dompter l'amour. Prenez la femme du sérail ou la femme libre, c'est la même chose. La femme est un diminutif d'homme ».

Il veut chez les femmes « exterminer toutes les mauvaises natures et renouveler le sexe, par l'élimination des sujets vicieux, comme les Anglais refont une race de bœufs, de moutons et de porcs par l'alimentation.

» Lorsque dans une société, dans une littérature, l'élément féminin vient à dominer, ou seulement à balancer l'élément masculin, il y a arrêt dans cette société et cette littérature, et bientôt décadence » (*Amour et mariage*, p. 163).

C'est avec Alexandre Dumas fils que nous trouvons exprimée avec le plus de fougue la critique des théories nouvelles ⁽¹³⁾.

(13) Alexandre Dumas fils, *L'homme-femme. Réponse à M. Henri d'Ideville*, 13^e éd. A Paris, chez Michel Lévi, 1872, p. 93 et s.

« Les hommes forts qui ont établi les sociétés ont donc cru devoir soumettre la femme à une législation spéciale en raison de la fonction particulière, et, il faut bien le dire, inférieure à laquelle la nature l'avait déjà condamnée. Il faut mettre cette loi et cette fonction en accord; c'est ce que les hommes ont fait de leur mieux... et il me semble qu'ils ne se sont guère trompés puisque nous voyons partout les plus respectées, les plus valables et les plus heureuses, les femmes qui acceptent loyalement cette entente légale de la nature et de la société. Celles-là ne se plaignent ni ne se révoltent jamais.

» En réalité, le mariage est tout à l'avantage de la femme, et c'est pour cela que la loi, après avoir armé le masculin de ces fameux droits préventifs dont la femme se plaint tant et qui lui permettent de se poser en victime devant les superficiels et les tendres, absout ensuite en cas de flagrant délit tous les excès de la colère... »

L'auteur fait ensuite l'apologie du divorce afin d'éviter que la femme impose à son mari un enfant étranger.

L'ouvrage d'Alexandre Dumas provoqua d'ardentes polémiques et Emile de Girardin publia une réponse indignée (14).

« Est-ce que, en fait et en droit, même dans notre société moderne d'où la féodalité territoriale a dis-

(14) Emile de Girardin, *L'homme suzerain, la femme vassale*, 1872.

paru, la féodalité conjugale ne lui a pas survécu ? Est-ce que l'époux n'est pas suzerain et la femme vassale ? »

Il critique le Code Napoléon et veut la liberté dans le mariage : ainsi, la femme recouvrera sa dignité, son autorité maternelle. « Ce qu'il est nécessaire que l'enfant apprenne, il est utile qu'elle le sache pour le lui enseigner. Toute femme peut et devrait savoir ce qui forme les deux degrés de l'instruction primaire... Il est bien rare que l'égalité entre l'homme et la femme ne s'établisse pas d'elle-même lorsqu'ils unissent leurs quatre épaules pour porter le fardeau du travail journalier. »

Il se déclare féministe avec M. Gladstone, Jacob Bright, Stuart Mill, Stewort, Alexis de Tocqueville, Taine, Edouard Laboulaye. « La femme vaut l'homme, elle ne vaut pas plus, mais elle ne vaut pas moins... Prétendre que l'homme et la femme ne doivent former qu'un seul être est une exagération. » Il faut reconnaître qu'ils doivent former deux êtres essentiellement distincts, indépendants l'un de l'autre, également libres, ayant des besoins pareils et des fonctions différentes.

Michelet écrit beaucoup sur la femme et le mariage et contribue lui aussi à la diffusion des idées féministes.

Il est vrai qu'il envisage la question surtout d'un point de vue sentimental et poétique.

« Le servage de la femme n'est que celui de la nature; il n'est autre que sa faiblesse, sa souffrance, qui la rend attendrissante et poétique. »

Le rôle de la femme dans la famille doit être le suivant : « Qu'elle veille et pense avec lui (son mari), agisse avec lui, souffre avec lui, voilà le mariage. » (15).

Enfin terminons cette très rapide revue des idées féministes à travers la littérature du XIX^e siècle, en mentionnant, comme ayant eu une influence importante, les noms de George Sand avec ses romans : *Indiana*, *Mauprat*, *Valentine*, *Lélia*; Balzac, avec la *Physiologie du mariage*; Alphonse Karr, dans son livre : *Les femmes*; Victor Hugo, qui avait entrevu le mouvement actuel.

Plus près de nous, citons : Paul et Victor Margueritte avec *Femmes nouvelles*; Jules Bois et son *Eve nouvelle*; Marcel Prévost et les *Vierges fortes*; Brioux et la *Femme seule*; Colette Yver, avec *Princesse de science*; Colette Willy et ses romans où les héroïnes disposent librement de leur cœur, souvent en dehors de toute morale.

IV. — LES OUVRAGES JURIDIQUES.

Nous avons signalé plus haut que le domaine du Droit avait été lui aussi pénétré par les idées nouvelles sur l'égalité des sexes. Peu à peu, les vieilles idées sur les articles 212 à 214 vont se désagrégeant. Sous la poussée des théories féministes, l'intransigeance des auteurs diminue chaque jour. Les atténuations apportées au principe de l'autorité maritale,

(15) Michelet, *Le prêtre, la femme, la famille*, édition définitive, 1861, p. 250.

d'abord si respecté, vont chaque jour en croissant. Et il y a déjà bien des années qu'il ne se trouve plus aucun ouvrage pour défendre, tel Demolombe, les articles 212 à 214, jusque dans leurs plus infimes conséquences.

Il suffit pour s'en rendre compte de parcourir quelques-uns des travaux consacrés à notre sujet durant le xix^e siècle et le début du xx^e siècle.

« L'infériorité sociale de la femme qui eut pour origine, sinon pour cause, la supériorité physique de l'homme, ne vient-elle pas d'une coutume trop générale pour que toute dérogation à cette habitude semble contre nature, c'est-à-dire contre usage, comme l'eût semblé jadis l'abolition de l'esclavage même aux plus sublimes philosophes de l'antiquité ? » (16).

« L'abolition des pouvoirs du mari n'aurait, en somme, rien de choquant, eu égard à l'état de nos mœurs. La mesure paraît plus révolutionnaire dans les mots qu'elle ne l'est en réalité et la désorganisation du mariage n'en serait pas la conséquence. Le prestige du mari comme chef en souffrirait une assez faible atteinte... C'est seulement dans l'organisation de la famille, à raison des transformations opérées dans la société, que le Code civil présente des archaïsmes, des conceptions exagérées, des règles trop dictatoriales ou insuffisamment protectrices des intérêts. » (17).

(16) Lucien Leduc, *La femme et les projets de lois relatifs à l'extension de sa capacité*, 1898, p. 14.

(17) M. Thaller, Rapport présenté sur la question de la revision du Code civil, *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1904, p. 436.

« Mais si l'égalité complète n'est point possible, on peut admettre et il est permis d'espérer que, dans les transformations successives du Droit, la personnalité de la femme s'affirmera chaque jour davantage et que, si ses droits doivent parfois être paralysés, ils ne le seront désormais que dans la mesure où l'intérêt familial ou social l'exige. » (18).

On peut également se rendre compte de l'évolution que nous avons signalée dans le travail de Paul Granotier : *L'autorité du mari sur la personne de la femme et la doctrine féministe*, et surtout dans Paul Guerbé : *L'article 214 du Code civil*. Ce dernier conclut à la suppression de l'emploi de la force publique contre la femme. Il semble être partisan du maintien de l'autorité maritale, mais il veut une autorité maritale limitée par la théorie de l'abus du Droit (19).

Louis Delzons écrit (*La famille française et son évolution*) : « Les droits du mari, la loi les avait pris dans les mœurs pour les lui donner. On a vu que les mœurs peu à peu tendaient à les lui retirer. Il est bien d'inscrire dans un Code qu'une femme doit obéissance à son mari, mais à la condition que les habitudes générales comportent cette obéissance, sinon le Code aura parlé en vain; de même qu'il a beau dire que la femme doit suivre son mari : si elle

(18) Jules Silvestre, *Du principe d'égalité entre l'homme et la femme au point de vue du Droit civil*, thèse Aix, 1904, p. 149.

(19) Granotier, *L'autorité du mari sur la personne de la femme et la doctrine féministe*, thèse Grenoble, 1909, 416 pages; Paul Guerlie, *L'article 214 du Code civil, étude historique et critique*, thèse Paris, 1910.

se refuse à le suivre, il n'est aucun moyen de l'y contraindre. » (20).

Sur un mode plaisant, Turgeon, dans son important ouvrage sur le féminisme, fait ressortir la décadence actuelle de la puissance maritale. Il ne voit plus dans cette institution et dans les pouvoirs du mari sur la personne de la femme que des règles sans aucune portée pratique actuelle et que les femmes ont depuis longtemps tournées en leur faveur (21).

• Ces idées nous paraissent encore plus accentuées dans une thèse relativement récente.

« Le Code civil, comme le Droit canonique, faisait reposer la famille sur le principe d'autorité : soumission des enfants aux parents et de la femme au mari. Règne de celui-ci sur ce « noyau irréductible » que constitue son foyer. Sans doute l'autorité paternelle, la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée figurent toujours dans nos lois, mais elles ne sont plus intactes, et, déjà, dans nos mœurs, ont-elles d'autre valeur que celle d'un principe ridicule et désuet, d'un souvenir d'un autre âge ?

» Le législateur et la jurisprudence ne commandent pas les mœurs, mais ce sont celles-ci, au contraire, qui les guident, et ils ne font que les suivre avec un certain retard. L'évolution qui s'est produite jusqu'à ce jour est considérable. Elle est d'ailleurs relativement récente.

(20) Louis Delzons, *La famille française et son évolution*, 1913.

(21) Turgeon, *Le féminisme français*. A Paris, 1902, 2 vol., II, p. 82 et s.

» Comme en beaucoup d'autres matières, le droit du mariage, tel que le Code venait de le consacrer, a été d'abord l'objet d'un grand respect. » (22).

Dans un ouvrage pourtant consacré à la défense du mariage et de la monogamie, Fonsegrive reconnaît que le mariage actuel est loin d'être parfait. Il n'y a pas assez d'amour entre les époux. La raison doit, il est vrai, contrôler l'amour. « Une vie humaine se mesure à la suprématie de l'idée, de la raison et non à la passion. » Il y a surtout exagération de l'autorité maritale, « inégalité odieuse » entre les époux. « Il n'est pas bon que la femme se résigne à un rôle inférieur et frivole. Il n'est pas bon non plus que l'homme ait une responsabilité trop grande. » Enfin il n'y a pas assez de cas de nullités (23).

« Est-il besoin d'ajouter que toutes les règles prescrites par le législateur ne constituent que des palliatifs dans les dissentiments entre conjoints. Le mariage ne peut être fondé que sur les sentiments d'affection réciproque et le sens du devoir que le législateur ne saurait imposer par aucune sanction... Aussi n'est-ce pas dans le domaine du Droit qu'il faut en dernier ressort chercher une solution efficace pour la consolidation de la famille. » (24).

Nous pourrions nous attendre à trouver dans le

(22) Ghislain Bot, *La physionomie actuelle du mariage dans la loi de l'Eglise, dans la loi soviétique et dans le Droit civil français*, thèse Rennes, 1931.

(23) Fonsegrive, *Mariage et union libre*, 1904, 392 pages.

(24) Petresco Ercea, *La puissance maritale en Droit comparé*, thèse Paris, 1923.

compte rendu des congrès féministes des critiques acerbes contre l'autorité maritale sur la personne de la femme. Il n'en est rien ou presque. Ce qui intéresse surtout les associations et les ligues féministes, c'est d'obtenir la capacité pleine et entière de la femme mariée et de lui faire accorder l'égalité des droits politiques. C'est ainsi que le X^e Congrès international des femmes⁽²⁵⁾ n'étudie que des questions d'assistance, d'hygiène, d'éducation. En matière de législation, les travaux portent uniquement sur : la puissance paternelle et les droits de la mère, la capacité civile de la femme mariée, la suppression de toute mesure d'exception à l'égard de la femme en matière de mœurs.

« Que voulons-nous donc ? Combattre l'autorité du père ? Loin de nous cette pensée ; nous voulons l'égalité des parents. Une objection se présente immédiatement. En cas de dissentiment, quelle volonté l'emportera ? Un arbitre décidera. L'arbitre sera désigné à cet effet par le tribunal. »

Cependant on peut se rendre compte du véritable sentiment des membres du Congrès vis-à-vis de l'autorité maritale.

« Tant que l'autorité maritale existera, « le mariage ne sera qu'une déchéance légale pour la femme... »
« Les femmes sont soumises à l'autorité maritale..., ce qui les classe dans les incapables avec les mineurs

(25) *Compte rendu des travaux*, par Mme Avril de Sainte-Croix.
A Paris, 1914.

et les individus atteints d'aliénation mentale; aucune femme, à quelque classe de la société qu'elle appartienne, ne peut pas ne pas souffrir de cet état de choses. La haute nécessité, c'est d'être, suivant le mot de Michelet. Or, juridiquement parlant, les femmes mariées n'existent pas. » (26).

Enfin, terminons en rapportant les motifs invoqués par MM. Justin Godart, Emile Bender, Victor Fort, René Besnard, Jacques Chaumié et Félix Chautemps dans leur proposition de loi tendant à l'abrogation de l'article 213.

Ils apprécient de la manière suivante les paroles du conseiller d'Etat Portalis :

« Quelle belle page de phraséologie hypocrite : Les femmes n'en sont plus heureusement à se contenter de cette galanterie banale à laquelle, si longtemps, elles se laissèrent prendre et qui enguirlande de fadaises la brutalité d'instinct du mâle !

» L'article 213 n'a plus pour se défendre aucun des arguments dont Portalis l'étaie. Il est la survivance d'une conception égoïste et immorale de l'infériorité de la femme à tous les points de vue.

» En 1808, la femme était considérée comme un objet de plaisir et d'agrément. En 1908, elle est l'ouvrière, elle est la mère, elle est la ménagère, elle redore les blasons, elle est le bon parti. En vérité, elle a fait quelques progrès, et cela au détriment de l'homme. Ne l'humilions pas par de vaines formules.

(26) Cité par M. Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille*, Paris, 1928, p. 215.

Il y a des hommes qui ne peuvent qu'être protégés. Dans le ménage, se fera obéir qui pourra. C'est affaire d'ascendant moral et non de prescriptions impératives.

» Mari et femme, dans l'association matrimoniale, font un apport égal de qualités propres et d'activité utile. Ne faisons pas croire au mari qu'il est d'essence exceptionnelle. Il peut en abuser s'il est inintelligent, et s'il est intelligent il peut souffrir dans son amour-propre, en constatant que le Code l'a trompé et que, en ce qui concerne son intérieur, les rôles que l'article 213 assigne immuablement à chacun sont renversés. »

V. — LA DOCTRINE CATHOLIQUE.

Il n'est pas jusqu'à l'Eglise catholique qui n'admette la nécessité de certaines réformes concernant l'autorité maritale. Il nous paraît curieux de terminer notre étude en rapportant son opinion sur notre sujet. Les concessions que l'Eglise elle-même fait aux doctrines féministes nous paraissent une preuve évidente de leur importance.

L'Encyclique de S. S. Pie XI sur le mariage chrétien attaque, il est vrai, violemment ceux qui critiquent la fidèle et honnête subordination de la femme à son mari. Il s'élève contre l'émancipation sociale, économique, physiologique de la femme. Mais quant à cette égalité des droits qui est si exaltée et que l'on réclame si vivement, il faut la reconnaître dans les

choses qui sont propres à la personne et à la dignité humaine... Si parfois, cependant, les conditions sociales et économiques de la femme mariée doivent se modifier en quelque manière, à cause du changement qui s'est introduit dans la forme et les usages des relations humaines, il appartient aux pouvoirs publics d'adapter les droits civils de la femme aux nécessités et aux besoins de notre époque. » (27).

Dans le cadre de la doctrine catholique, les concessions aux théories féministes sont poussées aussi loin que possible. Il en est ainsi dans l'ouvrage de l'abbé Sertillanges (*Féminisme et christianisme*) :

« La femme, aux yeux de la religion, doit obéissance à son mari en toutes choses que le régime familial existant, et d'ailleurs moralement légitime, remet au gouvernement du mari. Mais pour savoir ensuite quel régime familial sera/ou ne sera pas légitime, il ne suffira pas de faire retour à la formule paulinienne, en l'entendant à la façon d'une détermination de science sociale, canonisant pour la famille une certaine forme de gouvernement. » (28).

L'auteur est très favorable au projet de Laurent. Au point de vue de la morale chrétienne, il affirme qu'il n'y a là rien à redire.

« Entre l'homme et la femme dans le mariage, la

(27) *Encyclique de S. S. Pie XI sur le mariage chrétien*, 31 déc. 1930, p. 33.

(28) Sertillanges, professeur de philosophie morale à l'Institut catholique de Paris, *Féminisme et christianisme*, 2^e éd., 1913, 338 pages, p. 243.

règle supérieure est celle-ci : égalité de principe, partage d'attributions, gouvernement par le mari en ce qui concerne le dehors, mais avec la collaboration de la femme; gouvernement de la femme en ce qui concerne l'intérieur, mais avec la collaboration du mari. Pour garder l'unité, on restreindra ainsi les capacités de l'un et de l'autre, mais au profit des deux, puisque ce sera au profit du groupe où ils s'engagent et ultérieurement au profit de tous.

» Non, la femme est personne par elle-même non par l'homme. Elle n'est point faite pour l'homme; elle a une destinée à soi, et pour la même raison elle n'est pas faite pour la famille en ce sens qu'elle n'aurait de raison d'être que de procréer et d'élever des enfants. » (29).

Donc, tout en restant attaché au principe de l'obéissance féminine vis-à-vis du mari, l'Eglise n'hésite pas à reconnaître l'égalité au moins théorique des droits entre époux. Et elle admet la nécessité d'une réforme donnant à la femme une indépendance familiale plus grande et la pleine capacité civile.

(29) Sertillanges, *op. cit.*, p. 76.

CONCLUSION

Notre but, en reproduisant quelques-unes des critiques suscitées par les doctrines féministes sur les articles 212 à 214, était de montrer à quel point la réglementation actuelle des rapports entre époux est loin de satisfaire l'opinion. Les articles 212 à 214 ne sont plus en accord avec les mœurs et les coutumes de notre époque. Et un étranger qui voudrait étudier le mariage en France et qui s'en rapporterait uniquement aux règles inscrites dans notre Code civil, se ferait une idée bien fautive de ce que sont nos institutions matrimoniales.

L'apparition de la grande industrie et du machinisme, les transformations économiques qui en ont été la conséquence, l'affaiblissement du sentiment religieux, la guerre de 1914, le développement de l'idée individualiste et humanitaire, sont autant de causes qui, en modifiant la condition de la femme,

ont rendu plus apparente la rigueur des articles 212 à 214.

Aussi un mouvement tendant à donner à la femme mariée chaque jour un peu plus d'indépendance a déjà eu son écho en législation.

C'est la loi du 9 avril 1881 et du 20 juin 1895 sur les caisses d'épargne, du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse et du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels. C'est surtout la loi du 13 juillet 1907 dont l'importance tout au moins théorique a été si grande sur la condition de la femme mariée. En lui accordant la libre disposition de son salaire, elle a contribué pour une large part à son émancipation.

Devant cet état de choses, quel sort est réservé aux articles 212 à 214 ?

Il nous paraît qu'ils ne pourront manquer de s'effacer un jour ou l'autre de notre Code ou tout au moins d'être profondément modifiés.

Ils sont, en effet, le résultat d'une confusion regrettable entre la Morale et le Droit. Les droits et les devoirs des époux ressortissent surtout au domaine de la morale.

Et : « Le législateur doit se garder de jouer au moraliste. Il est le technicien chargé de forger la règle et de lui donner sa sanction. Sur lui vont peser toutes les forces morales. Il subira leur poussée, mais la règle morale passant par ses mains devra en sor-

tir transformée et présentée en règle juridique. » (1).

Nous avons vu les efforts de la doctrine et de la jurisprudence pour assortir de sanctions efficaces les articles 212, 213, 214. Aujourd'hui, la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître la vanité de cet effort. Or, qu'est-ce qu'une règle de droit non susceptible de sanctions ?

Les devoirs imposés à la femme ne correspondent plus à son état dans le mariage. Son rôle économique s'est considérablement transformé et développé.

De plus, les articles 212 à 214 nous paraissent difficilement défendables dans une législation qui admet le divorce. D'une part, en effet, la loi prescrit à la femme certains devoirs; mais, d'autre part, elle lui permet de demander le divorce si son mari lui réclame l'accomplissement de ces devoirs (pour injure grave, par exemple, en cas de contrainte *manu militari*).

La difficulté dans la législation relative au mariage, c'est qu'il faut résoudre ce double problème : assurer le respect des droits de l'individu, mais ne pas méconnaître non plus l'idée de solidarité sociale et les besoins de toute vie en société.

Mais la disparition des articles 212 à 214 entraînerait-elle une profonde modification dans la structure de la famille ? Nous ne le croyons pas. Ici, tout

(1) Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 385.

est affaire de mœurs, et le Droit est presque inopérant. Aussi la réforme que réclament les féministes n'aurait-elle qu'une faible portée pratique. Seuls les principes sont en jeu. Si les articles 212, 213, 214, ne sont pas encore tombés, c'est qu'ils n'étaient pas appliqués dans toute leur rigueur.

Aussi la physionomie de la société française ne subira pas, croyons-nous, du fait de leur suppression une bien grande transformation.

Vu : *Le Doyen,*

J.-G. FERRON.

VU, BON A IMPRIMER :

Le Président,

J. BONNECASE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 4 avril 1935.

Pour le Recteur :

Le Doyen délégué,

J. CHAINE.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. (Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

BIBLIOGRAPHIE

- ABENSOUR. — Histoire générale du féminisme, 1924.
- ABTALION. — La femme mariée, ses droits, ses intérêts, Paris, 1899.
- ACHER. — Œuvres sociales des femmes, 1908.
- ALBRECHT. — Du secret des lettres, Paris, 1899.
- ALVAREZ. — De l'influence des phénomènes civiques, politiques et sociaux sur l'organisation de la famille moderne, Paris, 1899.
- ANDRÉ. — La puissance maritale envisagée quant aux droits du mari sur la personne de la femme, Paris, 1909.
- ANGOT. — Un peu de féminisme. *Le Correspondant*, 10 sept. 1908.
- ANTONIBON. — La femme et le Droit, Bassano, 1893.
- AURIOL. — Etude juridique et critique sur la réforme de l'a. 213. Thèse 1906.
- AUSTRY. — La femme protectrice légale des intérêts des mineurs, Toulouse.
- BASSET-BOISTEL. — Philosophie du Droit, Paris, 1899.
- BATBIE. — Révision du C. N. A. C. des sciences morales et politiques, 1835. *Revue critique de législation*, t. XXVIII, 1836.
- BEBEL. — La femme et le socialisme, Palerme, 1891.
— La femme dans le passé, le présent, l'avenir, Paris, 1891.
- BINET. — La femme dans le ménage, Nancy, 1904.
- BOISTEL. — Le Droit dans la famille, 1864.
- BOT. — La physionomie actuelle du mariage dans la loi de l'Eglise, dans la loi soviétique et dans le Droit civil français, 1931.
- BRIBEL. — Mélanges féministes, 1897-1898.
- BRUNE. — De la condition juridique de la femme, 1890.
- BRUNE. — De la condition juridique de la femme, 1890. *Echo de Saint-Genès*, 1898, n° 13.
- BUREAU. — Législation des théâtres, Paris, 1898.
- BONNECASE. — Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil, par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs, Paris, 3 vol., 1924 à 1930.

- BONNECASE. — L'institution de la communauté continuée. Contribution à l'étude de la réforme du Droit matrimonial français, Grenoble, 1908.
- La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique, Paris, 1911.
 - Le féminisme et le régime dotal, Toulouse, 1905.
 - La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille. Ses destinées dans le Droit civil contemporain, Paris, 1928.
 - La pensée juridique française, 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels, 2 vol., Bordeaux, 1933.
 - Précis de Droit civil, t. I et t. III, Paris, 1934-1935.
- CARON. — Le mariage de l'ouvrier, 1900-1901.
- CHARMONT. — Des transformations du Droit civil, 1912.
- *Bulletin des sociétés d'études législatives*, 1902.
 - De l'abus du Droit, 1902.
 - *Revue critique* du 15 mars 1908.
- CHAUVIN (Jane). — Evolution historique de la position de la femme dans la société, Paris, 1892.
- CHÉRON. — Etude sur l'adage : *Uxor non est*, 1900-1901.
- COIRARD. — La famille dans le Code civil, Paris, 1907.
- COSENTINI. — Essai de réforme du droit de famille, 1929.
- Féminisme et Science positive, Paris, 1909.
- CONSTANT. — Code des théâtres, Paris, 1882.
- COURALLE-SENEVEL. — Lois constitutives de la famille, E.P.O., II, liv. I, chap. I, 1873.
- CUBAIN. — Traité des droits des femmes, Paris, 1842.
- DELOZE. — Théorie de la puissance maritale, 1867.
- DESBREE. — Le socialisme et les femmes, Bruxelles, 1897-1898.
- DESSIGNOLLE. — Le féminisme d'après Fourier, Lyon, 201.
- DURAND. — La situation personnelle de la femme vis-à-vis de l'autorité maritale, Dijon, 1903.
- L'autorité maritale et les droits de l'épouse et de la mère, Paris, 1902.
- DUVERGER. — Condition politique et civile de la femme. *Revue pratique de Droit français*, t. II, 9410, 1868.
- FABRE. — Le féminisme, ses origines, son avenir.
- FEYDEAU DE SAINT-CHRISTOPHE. — Emancipation de la femme dans la législation contemporaine, Paris, 1909.
- FORCIOLI. — Une institution révolue. Le tribunal de famille d'après les Archives du district de Caen, 1932.

- FONSEGRIVE. — Mariage et union libre, 1904.
- FRANCK. — Essai sur la condition politique de la femme, Paris, 1892.
- FUNCK-BRENDAND. — Le femme et la Société française dans la première moitié du xviii^e siècle.
- GASPARIN. — La famille, ses devoirs, ses joies, ses douleurs, 1872.
- GASTAMBIDE. — L'enfant devant la famille et l'Etat, Paris, 1903.
— *Gazette des tribunaux de législation et de jurisprudence*, 1908.
- GAUGHI. — Immoralité du mariage, Namur, 1899.
- GEDE. — Etude sur la condition privée de la femme.
- GEGLOT (Cécile). — La jeune fille, la profession, le célibat.
— La jeune fille et le malaise moderne.
- GÉNY. — Des droits sur les lettres missives, 1911.
- GUESQUIÈRES (Yves). — La reprise des droits sociaux par l'époux survivant, Lille, 1932.
- GINESTOU. — La femme doit-elle voter? Montpellier, 1910.
- GIRARDIN (Emile de). — L'homme et la femme, l'homme souverain, la femme vassale, 1872.
- GLASSON. — Eléments du Droit français, t. I, 15336, 1875.
— Le mariage civil et le divorce, 9^e éd., Paris, 1880.
- GRASSERI (La). — Les principes sociologiques du Droit civil, Paris, 1906.
— Le mouvement féministe et les droits de la femme. Revue politique et parlementaire, 1895.
- GUERBE. — Article 214, Paris, 1910.
- GUYON. — La femme mariée commerçante, 1910.
- HABERT. — Le féminisme et le Code civil français, Nancy, 1899.
- HANSENS. — Du secret des lettres, Bruxelles, 1890-1892.
- ISORE. — La guerre et la conduite privée de la femme, Paris, 1919.
- JAC. — Bonaparte et le mariage d'après les travaux préparatoires, 1897-1898.
- JANET. — La famille. Leçons de philosophie morale, 1861.
- JARDEL. — La lettre missive, Paris, 1911.
— De la production en Justice de la correspondance, Lille, 1903.
- JARDIN. — L'individu, la famille, la nation.
- JORAN. — Les féministes avant le féminisme.

- JORAN. — La trouée féministe.
- KOEMGSWARTER. — Histoire de l'organisation de la famille en France.
- KRUG. — Le féminisme et le Droit civil, Nancy-Paris, 1899.
- LABOULAYE. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes, Paris, 18430, 1843.
- LAFONT-DE-SANTERRE. — Droits du mari sur la correspondance de la femme. Discours de rentrée de la Cour d'appel de Toulouse, 1897.
- LAMBERT. — La femme. Examen de ses revendications, Paris, 1897-1898.
- LANSAC. — L'engagement théâtral de la femme mariée.
- LEDUC. — La femme et les projets de lois relatifs à l'extension de sa capacité, Paris, 1898.
- La femme devant le Parlement. La femme devant la société contemporaine, 1897-1898.
- LEFEBVRE. — Le Droit des gens mariés, Paris, 3 vol., Histoire, 1906.
- Introduction à l'histoire du Droit matrimonial français, Paris, 1900-1901.
- Du mariage, Paris, 18, 1849.
- LEHMAN. — La liberté individuelle de la femme majeure, Paris, 1909.
- LEHR. — Le mariage et le divorce, Paris, 1899.
- LEMAIRE. — Le mariage civil, Paris, 1900-1901.
- LEMERLE. — Origine de l'autorité maritale sur la personne de la femme, Paris, 1909.
- LÉON XIII. — Encyclique « Arcanum Divinae ».
- LEROY-BEAULIEU. — Le travail des femmes au XIX^e siècle.
- LESENNE. — Obligation des époux d'habiter ensemble. *Revue critique*, 1867.
- LESIEUR. — Etat et capacité de la femme mariée, Aix, 1876.
- LEYRIS. — Des transformations apportées au régime matrimonial légal, Montpellier, 1934.
- LOISELEUR-DESLONCHAMPS. — Lois de Manou, Paris, 1833.
- MARQUET. — La condition légale de la femme au XIX^e siècle, Nîmes, 1899.
- MARTIN. — La crise du mariage dans la législation internationale, 1902.
- MASSON. — Recherches sur l'origine de l'autorité maritale. *Journal de l'Institut historique*, 1843.

- MAZEN. — Essai sur la responsabilité civile des médecins, Grenoble, 1934.
- MEYNIAL. — Sanctions des obligations de faire ou non. *Revue pratique de Droit français*, t. LXI, p. 383, 1884.
- MICHELET. — Du prêtre, de la femme, de la famille, 1845.
- MORIZOT-THIBAUT. — Autorité maritale, Etude critique, 1899.
- NAQUET. — Le mariage et le divorce.
- NAVELE. — La condition sociale des femmes, Lausanne, 1891.
- NOUBRY. — Rôle de la femme dans la gestion du ménage, Paris.
- ODOT. — Le droit de famille. Conscience et sentiment du devoir, 23673, 1897.
- PAGNON. — Les progrès du féminisme. Rapport présenté à la Société d'économie politique de Lyon le 26 février 1897.
- PARANDIÈRE. — Les droits du mari sur la correspondance de sa femme, Paris.
- PARET. — Les lettres missives, Lyon, 1902.
- PASCAUD. — Les droits de la femme dans la vie civile et familiale. *Sciences morales et politiques*, 6 juill. 1896.
- PAUDET (Pierre). — Etude sur l'histoire de la juridiction matrimoniale, Droit romain, Paris, 1933.
- PATUREAU-MIRAND. — La femme et son rôle d'après les Saint-Simoniens, Limoges, 1910.
- PAUL (Saint). — Epître aux Ephésiens. Première Epître aux Corinthiens.
- PELLETIER (Madeleine). — La femme en lutte pour ses droits, 1908.
- PELLETIER. — Des caractères et des effets de l'autorité maritale, Paris (XVI^e), 1832.
- PERCEVAULT. — Essai sur l'autorité du mari sur la personne de sa femme, Poitiers, 1921.
- PERET. — De l'inviolabilité des lettres, Paris, 1896.
- PERRET. — Les projets de réforme du régime matrimonial de Droit commun, Lille, 1933.
- PETRESCO-ERCEA. — La puissance maritale en Droit comparée en dehors des régimes matrimoniaux, 1923.
- PEYTEL. — L'union libre devant la loi, Paris, 1904.
- PLANCHARD. — Remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, Dijon, 1918.
- POIRIER. — L'infériorité sociale de la femme et le féminisme, Paris, 1900-1901.

- POU (Félix). — Propos féministes, l'histoire et la femme. Infériorité sociale de la femme, Alger, éd. fr.-af., 1, rue J.-Cardier.
- RAGE-BROCARD (Madeleine). — La « deductio in domum mariti ». Droit romain, Paris, 1933.
- RECOULEVAIRE. — Le travail industriel des femmes mariées, Lille, 1934.
- REMUSSAT (Mme de). — Essai sur l'éducation des femmes, 1842.
- RIBBE. — La vie domestique, ses modèles, ses règles, 1906.
- RICHARD. — Des droits du mari sur la personne et les biens de sa femme, Paris, 1863.
- RIEUNER. — De l'émancipation économique et politique des femmes, Montpellier, 1922.
- RIVE. — La condition civile de la femme dans le Droit moderne, 1900-1904.
- RIGAUD. — Evolution du droit de la famille de Rome à nos jours.
- ROBIN. — La question du domicile au point de vue mariage, Paris, 1903.
- ROGUIN. — Le mariage, Paris, 21, 717, t. I, 1904.
— Du rôle de la femme mariée dans la gestion pécuniaire de l'association conjugale, 1896.
- SCHERMAKER. — La famille aux Etats-Unis, en France et dans la Grande-Bretagne, Paris, 1897-1898.
- SEDELBON. — De la puissance maritale, 1869.
- SERESÉ. — La famille française. *Le Correspondant*, 10 août 1917.
- SIMON (Jules). — La femme du xx^e siècle, 1892.
— L'ouvrière.
- STARCHE. — La famille et les différentes sociétés, Paris, 1899.
- TAROLE. — Les transformations du Droit. Paris, 1892.
- TERRIN. — Le contrôle judiciaire, la puissance paternelle pendant le mariage, 1934.
- TIXERANT. — Le féminisme en 1848, Paris, 1908.
- THIEBAUT. — Le féminisme et le socialisme, Paris, 1906.
- TURGEON. — Le féminisme français, 2 vol., 1902.
— Le féminisme français, Paris, 1907.
- VIALLETON. — L'autorité maritale sur la personne de la femme, Etude critique de jurisprudence, Montpellier, 1919.
- VIAUD. — De la puissance maritale, Paris, 1833.
- VOILLAUME. — Du respect dû à la correspondance, 1887, Paris, 1491, 1888.

TABLE DES MATIERES

	Pages
AVANT-PROPOS	5
CHAPITRE I. — Examen des travaux préparatoires relatifs aux articles 212, 213 et 214	7
§ I. — Enumération des projets de Code civil....	8
§ II. — Premier projet de Cambacérès (9 août 1793)	9
§ III. — Deuxième projet de Cambacérès (23 fructidor an II)	12
§ IV. — Troisième projet de Cambacérès (24 prairial an IV)	15
§ V. — Le projet de Jacqueminot (30 frimaire an VIII)	17
§ VI. — Le projet de l'an VIII.....	20
CHAPITRE II. — Les articles 212 à 214 du Code civil considérés à travers la doctrine.....	27
SECTION I. — L'interprétation des articles 212 à 214 par les premiers commentateurs du Code civil.....	28
§ I. — Observations préliminaires.....	28
§ II. — Delvincourt	30
§ III. — C.-B.-M. Toullier	32
§ IV. — Merlin	33
§ V. — Proudhon.....	35
§ VI. — Zachariae	36
§ VII. — Observations critiques.....	39
SECTION II. — La doctrine des grands commentateurs du Code civil sur les articles 212 à 214.....	41
§ I. — Observations préliminaires.....	41
§ II. — Demolombe	42

	Pages
§ III. — Les autres grands commentateurs du Code civil	49
§ IV. — Laurent	65
§ V. — Observations critiques.....	70
SECTION III. — <i>La doctrine juridique actuelle sur les articles 212 à 214.</i>	72
§ I. — Observations d'ensemble.....	72
§ II. — Les dernières années du XIX ^e siècle.....	74
§ III. — Les juristes contemporains (depuis 1900).....	81
§ IV. — Observations critiques.....	100
CHAPITRE III. — L'évolution de la jurisprudence dans l'interprétation des articles 212 à 214.....	102
Considérations générales	102
SECTION I. — <i>Interprétation jurisprudentielle de l'article 212</i>	104
§ I. — Devoir de fidélité.....	104
§ II. — Devoir de secours.....	113
§ III. — Devoir d'assistance.....	119
§ IV. — Réforme de l'article 212.....	124
SECTION II. — <i>Interprétation jurisprudentielle de l'article 213</i>	127
§ I. — Le mari doit protection à sa femme.....	128
§ II. — La femme doit obéissance à son mari....	135
SECTION III. — <i>Interprétation jurisprudentielle de l'article 214</i>	134
§ I. — La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider	134
§ II. — Le mari est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état	164
§ III. — Observations critiques.....	166
CHAPITRE IV. — Examen critique de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle des articles 212 à 214.....	169
SECTION I. — <i>Les critiques relatives aux droits et aux devoirs des époux pendant la Révolution.</i>	170

	Pages
§ I. — Les cahiers des Etats généraux. Les brochures. Les pétitions. Les journaux. Les statistiques	170
§ II. — Les théoriciens	181
§ III. — Observations critiques sur l'œuvre des révolutionnaires	189
SECTION II. — <i>Les critiques relatives aux droits et aux devoirs respectifs des époux depuis la Révolution.</i>	192
§ I. — Sens général de ces critiques.....	192
§ II. — Aperçu sur quelques-unes des critiques formulées au XIX ^e siècle contre les articles 212 à 214	199
CONCLUSIONS	217
BIBLIOGRAPHIE	221

